

المعونة

على مذهب عالم المدينة

«الإمام مالك بن أنس»

تأليف

القاضي عبد الوهاب البغدادي

٤٢٢ هـ

تحقيق ودراسة

حميش عبد الحق

والكتاب في الأصل رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة المكرمة

المكتبة التجارية

مصطفى أحمد الباز



المعونة

على مذهب عالم المدينة

«الإمام مالك بن أنس»

تأليف

القاضي عبد الوهّاب البغدادي

٤٢٢ هـ

تحقيق ودراسة

حميش عبد الحقّ

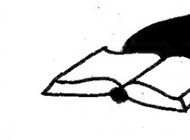
والكتاب في الأصل رسالة دكتوراه من جامعة أمّ القرى بمكة المكرّمة

الجزء الأول

الناشر

المكتبة التجارية

مكة المكرّمة



المكتبة التجارية

مصطفى أحمد الباز

مكة المكرمة : المركز الرئيسي : ٥٧٤٩٠٢٢ - فاكس : ٥٧٤٥٠٤٤

فرع النزهة : ٥٤٥٩٨٥٠ - فرع الجامعة : ٥٥٨١٥٨٤ - المستودع : ٥٣٧٢٣٧٤

المعونة

على مذهب عالم المدينة

«الإمام مالك بن أنس»

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الناشر

الحمدُ لله ربِّ العالمينَ ، حَمْداً دائماً أبداً ، الذي علم الإنسان مالم يعلم ، وأقسم بالقلم فقال ﴿ ن ، وَالْقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ ... ﴾ وذلك لِعِظَمِ شَأنِ العِلْمِ ، وعظمِ مَرْتَبتِهِ ، وقد كانَ ذلك شأن دين الإسلام ، إذْ استفتح الوحى على نبي الإسلام محمد ﷺ بقوله تعالى ﴿ اقْرَأْ بِاسْمِ ربِّكَ الَّذى خَلَقَ .. ﴾

لذا فالكتابة والقراءَةُ وما دُوِّنَ من كراريس ودفاتر هي ذخر وفخرٌ لدين الله، وميسمٌ يوسم بِهِ دِينُنَا ، وما جاءَنَا عن أسلافنا من كُتُبٍ هى مَشَاعِلُ نورٍ، لذا تسارعت دُوُر النَّشْر بكلِّ طاقَاتِهَا ومالديها من قدرات علْمِيَةٍ ، وحضاريَّةٍ إلى إخراج مخطوطات تراثنا العظيم من دَيَاجِير الظَّلامِ إلى رُبُوعِ النُّورِ ليستَهْدِىَ بها فى عصرنا الحاضر عصر العلم والآفاق والنَّشْرِ والإعلامِ حتّى لما هو خبيثٌ خسيسٌ ، فحَقِيقٌ بدور النَّشْرِ أن تبادِرَ إلى إخراج نفيس العلم ، وبثِّه بين النَّاس ، ومخطوطاتُنَا هى ذاكرة أمتنا الحيَّة ، فهي حاويةٌ لمجدها وتاريخها ومبادئ دينها وصفوة فِكْرِ عُلَمَائِهَا ، على مدار تاريخها التَّالد الشامخ لذا خِدْمَةُ المَخْطُوطَاتِ تُعَدُّ من الوَاجِباتِ المقدَّمَةِ المقدَّسَة علينا ، لذا تَتَشَرَّفُ **المكتبة التجارية بمكة المكرمة** بأن تساهم بيدٍ بيضاء وجهدٍ وضاء فى إثراء المكتبة الإسلاميةِ بإخراج هذا الكتاب القيم بهذه الحلة القشيبة وهو رسالة الدكتوراه للدكتور حميش عبد الحق من جامعة أم القرى وهو كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضى عبد الوهاب .

فنسأل الله العلي القدير أن يقبل هذا الجهد قبولاً حسناً ، وأن ينفع به المسلمين ، وأنْ ينالنا الرِّضا من الجميع ، وأن يعيننا على تواصل إخراج المفيد للأمة الإسلاميَّة خدمةً لدين الله وللثقافة العربية جمعاء .

والله ولي التوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل

المكتبة التجارية

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقـــــدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . .

تحتوي خزانة التراث الفقهي على كتب هامة من تراثنا الإسلامي الخالد ، الذي ألفه سلف هذه الأُمة عبر القرون الماضية ، وهذه الكنوز ادخرت لهذه الأمة لتستفيد منها ولتعمل بما فيها .

لهذا اتجه العلماء ، وطلاب الدراسات العليا نحو تحقيق الكتب القديمة من أجل إحياء التراث الإسلامي النافع الذي يستفيد منه الناس وينفعهم في دينهم ودنياهم ؛

لكن هذا الاتجاه نحو تحقيق التراث نراه يسير سيراً بطيئاً ، فإن عدداً ضخماً من المخطوطات لا يزال غير منشور على أهميته وبعضه أصل في الفن الذي يتناوله .

لهذا صار لزاماً على المعنيين بهذا الأمر تشجيع تحقيق المخطوطات وتذييل الصعوبات التي يواجهها طلاب العلم الذين يقبلون بحماسة على العمل ، ولا يجدون ما يحققونه ، فيتولون وقلوبهم تفيض بالأسى حزناً ألا يجدوا ما يحققون.

ولما كانت كتب المالكية خالية من ذكر الدليل ليس فيها إلا الفقه المحض والآراء المجردة ، وما كان هذا ليليق بمذهب إمام اعترف له الجميع بالتقدم في السنة ، وسلموا له الإمامة في علم الحديث ، وكان الإمام الشافعي يفاخر به ،

نعم ما كان يليق بمذهب الإمام مالك أن تكون كتب فقهه مجردة عن الدليل خالية من ذكر الاستنباط والتعليل ، ولعل عذر المالكية في ذلك اعتمادهم على أن مُتقدميهم تكفلوا بذلك فسلموا لهم ذلك ، ولم يوجد لهم معارض فأخذ الناس الفقه بهذه الطريقة .

ومع الصحوة الإسلامية المنتشرة حديثاً والدعوة القائمة بالرجوع إلى الكتاب والسُّنَّة . وللفرق بين من يأتي بالعبادة تقليداً لإمامه بمعقوله ، ومن غير معرفة الدليل وبين من يأتي بها ، وقد ثلج صدره بعد ما عرفه من دليل الكتاب أو السُّنَّة بحثت في بطون المكتبات الإسلامية - التي تحفظ لنا مخطوطات تراثنا الإسلامي - عن كتاب يجمع بين الفقه والدليل ، فوقع نظري على كتاب «المعونة على مذهب عالم المدينة » - للقاضي عبد الوهاب البغدادي - فوجدته كتاباً ليس كالكتب بل هو كتاب عظيم ، ينافح عن المذهب المالكي بالحُجَّة والدليل والبرهان مؤلفه فقيه مالكي أصولي ضليع بلغ درجة الاجتهاد المذهبي ، بل الاجتهاد المطلق - كما صرح بذلك السيوطي - .

ومساهمة متواضعة مني في إحياء التراث الفقهي النافع ، وتلبية للحاجة الماسة في إخراج وتحقيق هذا الكتاب ، فقد اخترته موضوعاً لرسالة الدكتوراة للاعتبارات التالية :

● أسباب اختيار الموضوع :

١ - يعد كتاب « المعونة » كتاباً جامعاً لأبواب الفقه كلها على مذهب الإمام مالك بن أنس ، وفق منهج العراقيين الذي يتميز بسلاسة أسلوبه وسهولة عباراته، وهو مع صغر حجمه غزير العلم ، يحتوي على عدد كبير من القواعد والضوابط الفقهية التي تغني عن سرد كثير من الفروع والمسائل الفقهية .

٢ - رجوع الكتاب إلى عصر متقدم - القرن الرابع الهجري - وقيام مؤلفه - القاضي عبد الوهاب - بتحرير فروع المذهب وتوثيق آراء كبار فقهاء المالكية ابتداء بإمام المذهب الإمام مالك وأصحابه ابن القاسم ، وأشهب ومحمد بن عبد الحكم وغيرهم .

٣ - احتواؤه على الأدلة الثابتة الصحيحة لجميع المسائل والفروع الفقهية ، فهو يحتوي على أزيد من ألف ومائتي حديث وأثر ، وعلى كثير من الاستنباطات والتعليلات والقواعد الفقهية وعلى أقوال أئمة المذهب المالكي وغيرهم .

٤ - يعد الكتاب مرجعاً هاماً ، حيث اتخذه الفقهاء الذين جاءوا من بعده مصدراً لكتبهم ولآرائهم ، واعتنوا بتدريسه ونقله جيلاً عن جيل ، فهم يرجعون إليه عندما يذكرون أقوال الفقهاء وآرائهم ، لأن القاضي عبد الوهاب له قدم راسخة في الفقه والأصول واللغة والعلوم الأخرى ، ويعد عالماً من كبار العلماء وفقيهاً من أشهر الفقهاء ، فكانوا يثقون به وبكتبه وخاصة منها « المعونة » ، وإن كتب فقهاء المالكية المتأخرين مليئة بالاستدلال بأقواله - رحمه الله - .

٥ - كما أنه يشير إلى أقوال المذاهب الفقهية الأخرى في المسائل الفقهية ، ويذكر المسائل المجمع عليها .

وكتاب « المعونة » لا يزال مخطوطاً حيث بدأ يتعرض للتلف ، فصفحاته الأولى والأخيرة تآكلت وانعدمت حتى أصبح من العسير قراءتها .

وبتحقيق هذا الكتاب ونشره تضاف لبنة جديدة إلى بناء الفقه الإسلامي عموماً، والفقه المالكي بخاصة ، نظراً للأهمية الكبيرة التى يتميز بها هذا الكتاب والتي ذكرناها فيما سبق .

وقد قسمت البحث إلى قسمين :

قسم دراسي ، وقسم تحقيق النص .

ففي القسم الأول ، قسم الدراسة والذي جعلته إلى فصلين :

في الفصل الأول : تحدثت عن القاضي عبد الوهاب ، وجعلت هذا الفصل في مبحثين :

في المبحث الأول تحدثت عن عصر المؤلف :

عن الحالة السياسية ، الاجتماعية ، والاقتصادية ، والثقافية ، والدينية .

وفي المبحث الثاني تحدثت عن القاضي عبد الوهاب :

اسمه ونسبه ، ومولده ونشأته ، شيوخه ، خروجه من العراق ورحلته إلى مصر ، فضائله ومكانته العلمية وأقوال العلماء فيه ، توليه القضاء ، وتلاميذه ، وآثاره العلمية ، شعره ، عقيدته ووفاته .

أما الفصل الثاني فخصصته لدراسة الكتاب :

* فبدأت بلمحة عن تاريخ المذهب المالكي في العراق ، ومميزات هذه المدرسة، وعلاقة المالكية بالعراق بنظرائهم في المغرب والأندلس .

* توثيق كتاب « المعونة » ، سبب تأليفه ، وقيمته العلمية .

* مكانة الكتاب ومصادره ومحتوياته .

* أسلوب ومنهج كتاب « المعونة » ، وطريقته في الاستدلال .

* شروح كتاب « المعونة » .

* نقد كتاب « المعونة » .

وجعلت في الأخير مبحثاً خاصاً يشمل :

أولاً : المسائل التي استدل لها القاضي عبد الوهاب بعمل أهل المدينة .

ثانياً : القواعد الأصولية ، والفقهية التي ذكرها القاضي عبد الوهاب في كتابه.

والقسم الثاني – قسم التحقيق :

ولقد كان منهجي في تحقيق الكتاب على النحو التالي :

١ - نسخ الكتاب وإخراج نصه سليماً بالرسم الإملائي الحديث .

٢ - إثبات فروق النسخ المختلفة بالهامش .

٣ - ترقيم الآيات القرآنية وبيان مكانها من سور القرآن الكريم .

٤ - تخريج الأحاديث والآثار .

٥ - توثيق النقول والمسائل الفقهية .

٦ - شرح الألفاظ الغريبة والمصطلحات الفقهية .

٧ - التعليق على بعض المسائل الفقهية التي تحتاج إلى ذلك .

٨ - ترقيم الفصول ترقيماً تسلسلياً .

٩ - وضع العناوين اللازمة .

١٠ - التعريف بالأعلام الوارد ذكرهم في نص الكتاب .

وحتى يستكمل التحقيق جوانبه الفنية ألحقت الكتاب بفهارس وتشمل :

فهارس للآيات القرآنية الكريمة ، فهرس للأحاديث ، وفهرس للآثار ، وفهرس للأعلام ، وفهرس للكتب ، وفهرس للأشعار ، وفهرس للمصطلحات، وفهرس للأمم والأماكن والبلدان ، وأخيراً فهرس تفصيلي للموضوعات .

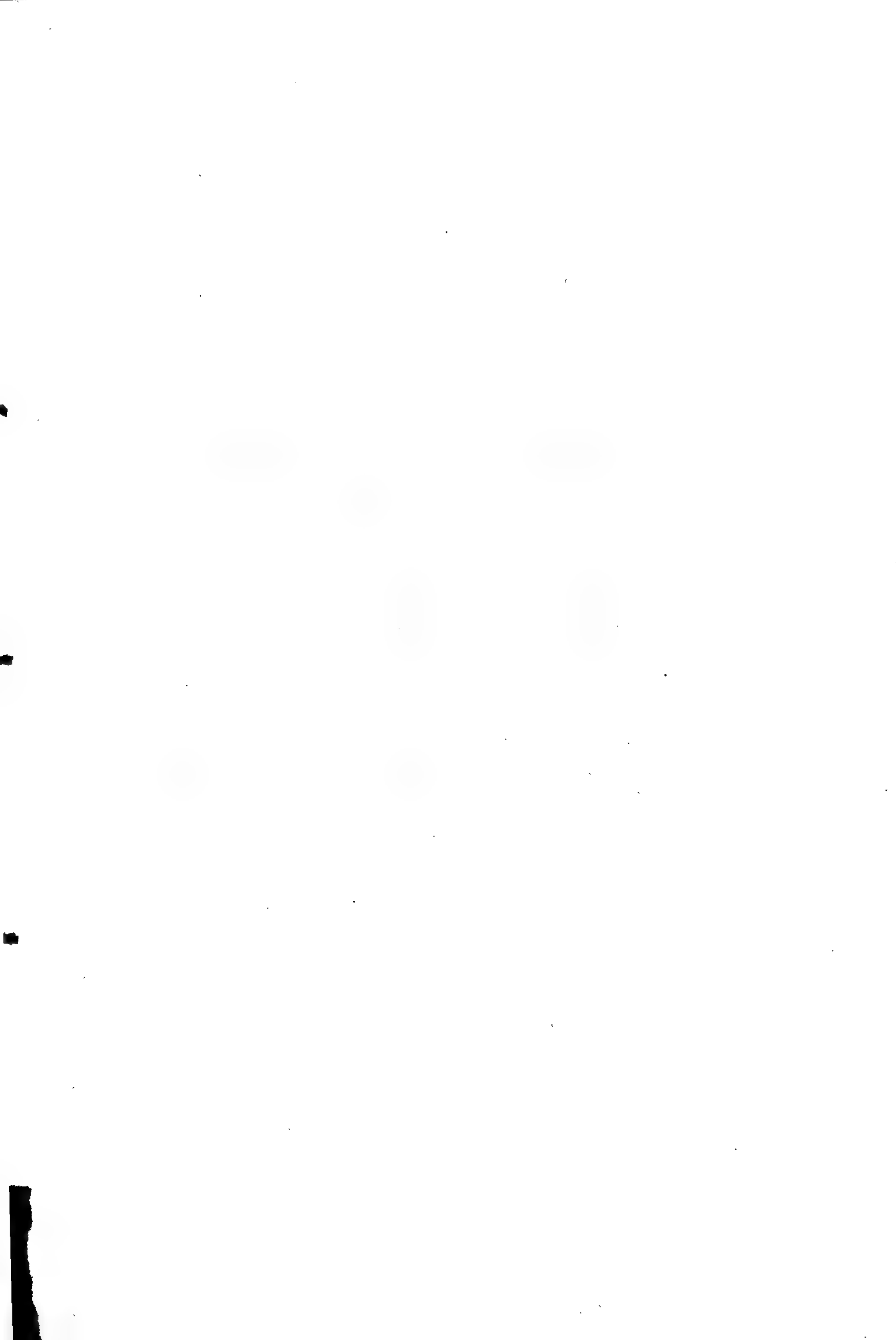
ويعلم الله أني بذلت جهوداً مضنية من أجل إخراج الكتاب في صورته القريبة من الكمال ، ومن أجل توضيح غوامضه وفتح مغاليقه .

وهذا لا يعني أنني قد قمت بكل ما يجب ، لكني أعلم أنني قصرت في بعض الأمور التي كان يجب الوقوف عندها طويلاً ، لكن كما يقال : ما لا يدرك كله لا يترك جله ، فحسبي أنني قمت بإيصال هذا الكتاب المهم إلى القاريء في هذه الحلة المناسبة ، ليستفاد منه ويطلع عليه بيسر وسهولة ، وقمت بذلك على قدر استطاعتي تاركاً الباب لأرباب الكفاءة الصحيحة لتتميم ما نقص وإصلاح ما اعوج وتصويب ما وقع فيه الخطأ .

وأسأل الله تعالى العفو عن السهو والتقصير أنه سميع مجيب وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين . .

حميش عبد الحق

* * *



القسم الأول
الدراسة

الفصل الأول

القاضي عبد الوهاب

الفصـــل الأول

المبحث الأول : عصر المؤلف :

أولاً : الحالة السياسية .

ثانياً : الحالة الاجتماعية والاقتصادية .

ثالثاً : الحالة الثقافية .

رابعاً : الحالة الدينية .

المبحث الثاني : القاضي عبد الوهاب :

أولاً : اسمه ونسبه .

ثانياً : مولده .

ثالثاً : نشأته .

رابعاً : شيوخه .

خامساً : خروجه من العراق ورحلته إلى مصر .

سادساً : فضائله ومكانته العلمية وأقوال العلماء فيه .

سابعاً : القاضي عبد الوهاب فقيهاً وأصولياً .

ثامناً : توليه القضاء .

تاسعاً : تلاميذه .

عاشراً : آثاره العلمية - مؤلفاته .

الحادي عشر : شعره .

الثاني عشر : عقيدته .

الثالث عشر : وفاته .

المبحث الأول : عصر المؤلف

● **الحالة السياسية**[1] - (٣٠٤ - ٤٦٧ هـ) :

ونعني بالحالة السياسية هنا هي دراسة الظروف التي تعاقبت على بغداد وغيرها من بلاد المسلمين في الفترة التي عاشها القاضي عبد الوهاب وهي التي تمتد من عام ٣٦٢ هـ سنة ميلاد القاضي إلى سنة ٤٢٢ هـ ، وهي سنة وفاته .

والسمة البارزة للحالة السياسية التي كان يوصف بها الحكم خلال هذه الفترة هو ضعف الخلافة العباسية في بغداد في هذه الفترة ، وذلك لاستبداد البويهيين[2] بأمور الدولة ، حيث لم يبق للخليفة أية سلطة إلا الاسم حتى أصبح كدمية توضع وتحرك بأيديهم ، فكان الأمير البويهي هو الذي يصدر الأوامر وعلى الخليفة توقيعها لتكتسب الشرعية أمام الناس .

ونتيجة لهذا الاستبداد عاشت بغداد أسوأ الظروف ، فقد ضعف الخليفة عن القيام بأعباء الخلافة في وسط المؤامرات والدسائس ، وساءت الحالة الاجتماعية والاقتصادية .

وقد تعاقب على الخلافة في هذه الفترة من الزمن خليفتان : الطائع لله ، وهو

---

(١) انظر : الكامل في التاريخ - لابن الأثير : ٥٣/٧ - ٣٥٤ ، البداية والنهاية لابن كثير : ٢٩٣/١١ - ٣٨٠ ، تاريخ الأمم الإسلامية : الدولة العباسية للخضري ص ٣٧١ - ٤١٠ .

(٢) البويهيون : المنتسبون إلى بني بوية ، وهي أسرة تتكون من ثلاثة رجال ظهر أمرهم وهم عليّ والحسن وأحمد ، أبناء بوية ، كانوا أسرة فقيرة ببلاد الديلم ، وكان أبوهم أحمد ابن بويه رجلاً من عامة الناس يتعيش من صيد السمك ، وقد كان أحمد بويه بعد أن ملك البلاد وتولى إمرة الأمراء ببغداد يتحدث بنعمة الله فيقول : كنت أحتطب الحطب على رأسي (انظر وفيات الأعيان - لابن خلكان : ١٧٦/١) .

أبو بكر عبد الكريم بن المطيع لله الفضل بن المقتدر جعفر بن المعتضد العباسي البغدادي [(١)] ، ولقد كان رجلاً صالحاً عالماً ، وكانت مدة خلافته ثلاثين عاماً ، حيث تولى الحكم عام ٣٦٣ هـ ، أي بعد ميلاد القاضي عبد الوهاب بعام واحد واستمر حكمه إلى عام ٣٩٣ هـ .

وبعده حكم القادر بالله : وهو أبو العباس أحمد بن إسحق بن المقتدر جعفر ابن المعتضد العباسي البغدادي [(٢)] الذي عرف بالزهد والعلم ، ولكنه كان ضعيفاً ليس بيده من الأمر شيء ، وكانت مدة خلافته إحدى وأربعين سنة ، أي أنه حكم إلى أن مات سنة ٤٢٢ هـ ، وهو نفس العام الذي توفي فيه القاضي عبد الوهاب .

وكان في مصر الحاكم بأمر الله الفاطمي (٤١١ هـ) ، والذي تمكنت في أيامه الباطنية ، وهو الذي أسس المكتبة الشهيرة بمصر دعاها دار العلم [(٣)] .

وكان في الأندلس آخر الدولة الأموية سليمان المستعين (٤٠٧ هـ) ، حيث الدولة الأموية في النزع في آخر رمق بعد تغلب الدولة العامرية ، كما فعل الديلم في بغداد [(٤)] .

* * *

(١) راجع : ترجمته في شذرات الذهب : ٣/ ١٤٣ ، سير أعلام النبلاء : ١٥/ ١١٨ - ١٢٦ .

(٢) راجع ترجمته في شذرات الذهب : ٣/ ٣٢٦ ، وسير أعلام النبلاء : ١٥/ ١٣٨ - ١٥١ .

(٣) انظر الكامل في التاريخ : ٧/ ٣٠٤ ، البداية والنهاية : ١٢/ ٩ .

(٤) انظر الكامل في التاريخ : ٧/ ٢٨٤ ، البداية والنهاية : ١٢/ ٥ .

● الحالة الاجتماعية والاقتصادية [1] :

لا شك أن الاضطراب السياسي يظهر أثره على الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، فقد ظهرت في هذه الفترة في المجتمع الإسلامي بوادر الانفصام والتفكك ، وذلك لكثرة المفارقات التي اعترته من عصبيات جنسية واختلافات عقدية ومذهبية، وفوارق مادية جعلت المجتمع ينقسم من حيث الثراء والموارد الاقتصادية إلى ثلاث طبقات :

طبقة عليا تضم الملوك والأمراء والوزراء والولاة استأثرت بالجزء الأكبر من الموارد والثروات .

وطبقة وسطى مستورة الحال من التجار والحرفيين والفلاحين .

وطبقة دنيا فيها سواد الشعب من الفقراء والضعاف ، وكان من هذه الطبقة معظم الفقهاء ، ومنهم القاضي عبد الوهاب الذي لم يكن يستطيع ضمان رغيف يومه كما سنعرفه فيما يأتي :

فنتيجة لهذه المفارقات حل الظلم والفساد محل العدل والصلاح ، وحل النزاع والقتال محل التكافل والأمن ، فاختل الأمن وعمت المصائب وأنواع البلاء ، أما الحالة الاقتصادية فقد تأثرت هي الأخرى بالاضطرابات السياسية والاجتماعية التي حلت بالدولة الإسلامية ، إلا أن هذا التأثير كان بتدرج بطيء ، فبعد أن امتاز الاقتصاد في بداية القرن الرابع بالازدهار ، وتقدم العلوم والفنون بدأ يضعف شيئاً فشيئاً .

* * *

● الحالة الثقافية :

على العكس من الحالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، فبالرغم من الضعف والفوضى والفرقة التي سادت ، فإن الثقافة والمعرفة والحالة الفكرية قد

---

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر المصادر السابقة ، وتاريخ التشريع الإسلامي - للخضري بك - ص ٢٧٥ ، تاريخ الخلفاء - للسيوطي ص ٤٠٥ - ٤١٩ ، الفتح المبين - للمراغي : ١/ ٢١٥ - ٢١٨ .

نمت وانتشرت انتشاراً واسعاً وازدهر الفكر ازدهاراً كبيراً ، فتعددت الدراسات الإسلامية في مختلف الفنون مما حدى بكثير من المؤرخين بوصف هذه الفترة من التاريخ الإسلامي بالعصر الذهبي بالنسبة للثقافة الإسلامية ، وأسباب هذا الازدهار تقريب الملوك والأمراء لبعض العلماء والأدباء وتنافسهم في إكرامهم وضمهم إلى بلاطهم ، وكذلك انتشار المكتبات العامة ، وإنشاء المدارس الخاصة والعامة ، ومما شارك وساهم في هذه النهضة الفكرية كذلك انفتاح الحضارة الإسلامية على الحضارات اليونانية والرومانية والفارسية والهندية التي بدأت من عصر المأمون ، وقد اشتغل بها عدد كبير من المثقفين حيث وجدت قبولاً بل وامتزاجاً ببعض فروع الثقافة الإسلامية - على الرغم مما صاحب ذلك من مصائب وأخطار - وشيوع المناظرة والجدل .

فلقد كانت بغداد - وهي موطن ومنشأ القاضي عبد الوهاب - من أكبر المراكز الثقافية والفكرية سواء من نجب فيها من العلماء الأعلام ، أو لجأ إليها من طلاب العلم الذين جاءوا ينهلون من علومها ومواردها وليستفيدوا من تراثها الثقافي بمختلف فروعه .

لقد حظيت هذه الفترة بحركة علمية واسعة شملت كل العلوم : الفقه وعلوم القرآن والحديث واللغة والأدب والفلسفة والكلام والفلك والرياضيات والطب والصيدلة والجراحة والفيزياء والجغرافيا .

فلا غرابة - إذن أن تنعكس هذه النهضة الفكرية الشاملة على نفسي القاضي عبد الوهاب الذي كان يلم بشتى أنواع العلوم والفنون كما سنعرف ذلك في ترجمته إن شاء الله .

* * *

● **الحالة الدينية** (١) :

في هذه الفترة تميزت الحياة الدينية بتوسع الحركة العقدية ، وتعدد الفرق واشتداد التنافس والنزاع بينها ، وكانت الدولة تتدخل في الشؤون العقائدية ،

---

(١) انظرالكامل : ٧/ ٣٥٥ ، البداية والنهاية : ١١/ ٣٨٠ ، ١٢/ ٣٣٠٣ .

ومثال ذلك مسائل الخلاف بين أهل السُّنَّة والمعتزلة ، كما كانت تقوم بتولية القضاه وغير ذلك ، كما قام أساتذة المدارس الفقهية بوضع أسسها وتدوين فقه أئمتها إلا أنه بنهاية القرن الرابع ركدت حركة الاجتهاد حتى أصبح الفقيه لا يستطيع الاجتهاد إلا في المسائل الفرعية ، كما كثرت المناظرات والردود بين أرباب المذاهب وأصحابها .

ويلخص لنا شيخ الإسلام ابن تيمية الوضع الإجمالي في هذه الفترة تلخيصاً دقيقاً بقوله :

« . . . وفي دولة « بني بويه » ونحوهم الأمر بالعكس ، فإنهم كان فيهم أصناف المذاهب المذمومة : قوم منهم زنادقة ، وفيهم قرامطة كثيرة ومتفلسفة ومعتزلة ورافضة ، وهذه الأشياء كثيرة فيهم غالبة عليهم ، فحصل في أهل الإسلام والسُّنَّة في أيامهم من الوهن ما لم يعرف حتى استولى النصارى على ثغور الإسلام ، وانتشرت القرامطة في أرض مصر والمغرب والمشرق وغير ذلك ، وجرت حوادث كثير . . » [1] .

* * *

---

(١) مجموع الفتاوي – لابن تيمية : ٤/ ٢٢ .

المبحث الثاني : القاضي عبد الوهاب [1]

● **اسمه ونسبه :**

هو أبو محمد عبد الوهاب بن عليّ بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون ابن أمير العرب مالك بن طوق التغلبي البغدادي العراقي المالكي .

---

(١) مصادر ترجمته :

ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك - للقاضى عياض : ٧/ ٢٢٠.

الديباج المذهب - لابن فرحون : ٢/ ٢٦ .

شجرة النور الزكية - للمخلوف ص ١٠٣ .

تاريخ بغداد - للخطيب البغدادى : ١١/ ٣١ .

تاريخ قضاه الأندلس - للنباهى ص ٤٠ .

تبيين كذب المفترى - لابن عساكر : ص ٢٤٩ .

البداية والنهاية - لابن كثير : ١٣/ ٣٣

الذخيرة فى محاسن الجزيرة - لابن بسام : ٤/ ٥١٥ .

سير أعلام النبلاء - للذهبى : ١٧/ ٤٢٩ .

العبر - للذهبى : ٣/ ١٤٠ .

شذرات الذهب - لابن العماد : ٣/ ٢٢٣ .

طبقات الفقهاء - للشيرازى ص ١٦٨ .

وفيات الأعيان - لابن خلكان : ٣/ ٢٢٠ .

فوات الوفيات - لابن شاكر الكتبى : ٢/ ٤١٩ .

النجوم الزاهرة - للأتابكى : ٤/ ٢٧٦ .

مرآة الجنان - لليافعى : ٣/ ٤١ .

معالم الإيمان فى معرفة أهل القيروان - للدباغ : ٣/ ١٣٤ .

حسن المحاضرة فى تاريخ مصر والقاهرة - للسيوطى : ١/ ٣١٤ .

● مولده :

ولد ببغداد سنة ٣٦٢ هـ .

قال ابن العماد : « .. كانت ولادته ببغداد يوم الخميس سابع شوال سنة اثنتين وستين وثلثمائة »[١] .

* * *

● نشأته :

نشأ القاضى عبد الوهاب في دار علم وفقه وأدب وفضل ، فإن أباه عليّ بن نصر (ت ٣٩١ هـ) من أعيان الشهود المُعدِّلين ببغداد .

وكان أخوه أبو الحسن محمد بن عليّ بن نصر (ت ٤٣٢ هـ) أديباً فاضلاً ، صنَّف كتاب « المفاوضة » للملك العزيز جلال الدولة أبي منصور بن أبي طاهر بهاء الدولة بن عضد الدولة بن بوية (ت ٤٣٧ هـ) ، وجمع في هذا الكتاب ما شاهده ، وهو من الكتب الممتعة في ثلاثين كراسة ، وله رسائل[٢] .

ولم نظفر بشيء عن نشأته وتربيته وتعلمه - فيما اطلعنا عليه من مصادر - وأصحاب التراجم يغفلون هذا الجانب وعذرهم في ذلك : إن نشأة العلماء تتلخص في أخذ العلم وتحصيله كغيره من أترابهم ثم لا يظهر تمايزهم إلاّ عند مبلغهم مبلغ الرجال .

وما نعرفه عن القاضي عبد الوهاب أنه نشأ وعاش عيشة صعبة ، فقد عزَّ قوته وضاق به الحال ، ولقد ضن بدينه ومرؤته أن يمتهن ويبيع ذلك في أسواق الخلفاء وبلاط الأمراء ، كما كان يفعل ذلك بعض العلماء .. ؟!

* * *

---

(١) انظر : شذرات الذهب : ٣/ ٢٢٣ ، الوفيات : ٣/ ٢٢٢ .

(٢) انظر الوفيات : ٣/ ٢٢٢ .

● شيوخه :

قيل للقاضي عبد الوهاب : مع من تفقهت ؟ ، قال : صحبت الأبهري وتفقهت مع أبي الحسن بن القصار وأبي القاسم بن الجلاب ، والذي فتح أفواهنا وجعلنا نتكلم القاضي أبو بكر بن الطيب [1] ، يقصد الباقلاني .

فقد أخذ عن هؤلاء وغيرهم من العلماء والشيوخ وفيما يلي تعريف لكل منهم:

١ - أبو بكر الأبهري [2] :

محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح التميمي الأبهري ، شيخ المالكية ، نزيل بغداد وعالمها ، ازداد انتشار المذهب عنه في البلاد ، كان ثقة مأموناً زاهدا ورعاً ، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي ، أخذ عنه القاضي عبد الوهاب فقه المذهب ، ومن شيوخه أبو القاسم البغوي والباغندي وعبد الله بن زيدان البجلي - ومن تلاميذه الدارقطني وابن الجلاب وأبو بكر البرقاني (ت ٣٧٥ هـ) .

٢ - العسكري [3] :

أبو عبد الله الحسين بن محمد بن عبيد بن مخلد العسكري البغدادي الدقاق : كان ثقة أميناً ، حدث عن محمد بن يحيى المروزي ، وأبي العباس بن مسروق ومحمد بن عثمان بن أبي شيبة وجماعة ، وروى عنه : أبو القاسم الأزهري ، والحسن بن محمد الخلال وغيرهما . (ت ٣٧٥ هـ) .

٣ - ابن سبنك [4] :

القاضي أبو القاسم عمر بن محمد بن إبراهيم بن محمد بن خالد بن سبنك البجلي البغدادي : من ذرية جرير بن عبد الله . قال الخطيب : كان ثقة ، سمع

---

(١) الديباج المذهب : ٢/ ٢٦ .

(٢) الديباج المذهب : ٢/ ٢٠٦ ، شذرات الذهب : ٣/ ٨٥ ، تاريخ بغداد : ٥/ ٤٦١ .

(٣) شذرات الذهب : ٣/ ٨٥ ، سير أعلام النبلاء : ١٦/ ٣١٧ .

(٤) سير أعلام النبلاء : ١٦/ ٣٧٨ ، شذرات الذهب : ٣/ ٨٧ .

محمد بن حبان والباغندي ، وأخذ عنه القاضي عبد الوهاب وأبو القاسم التنوخي وآخرون . (ت ٣٧٦ هـ) .

٤ - ابن الجلاب [(١)] :

أبو القاسم عبد الرحمن بن عبيد الله بن الجلاب : شيخ المالكية ، كان أفقه المالكية في زمانه ، له كتاب « التفريع » مشهور ، أخذ عن الأبهري وأخذ عنه العلم القاضي عبد الوهاب ، وأبو الحسن الطائفي البصري وغالب المحاربي من أهل غرناطة (ت ٣٧٨ هـ) .

٥ - ابن شاهين [(٢)] :

عمر بن أحمد بن عثمان بن أحمد بن أزداذ البغدادي : الواعظ ، كان ثقة مأموناً ، صنَّف ما لم يصنفه أحد ، سمع أبا بكر الباغندي ، وأبا القاسم البغوي وأبا بكر بن أبي داود وغيرهم ، وحدث عنه أبو بكر الوراق وأبو أحمد الجوهري والخلال وغيرهم (ت ٣٨٥ هـ) .

٦ - مخلص [(٣)] :

أبو ظاهر محمد بن عبد الرحمن بن العباس بن عبد الرحمن بن زكريا البغدادي : المخلص ، كان ثقة ، سمع من أبي القاسم البغوي ، وأحمد بن سليمان الطوسي ، وأبي عمر محمد بن يوسف القاضي ، وأخذ عنه أبو محمد الخلال ، وأبو سعد السمان ، وعبد العزيز القطان وغيرهم (ت ٣٩٣ هـ) .

٧ - ابن القصار [(٤)] :

أبو الحسن عليّ بن عمر بن أحمد بن القصار البغدادي : شيخ المالكية ، كان أصولياً نظَّاراً ، له كتاب في مسائل الخلاف لا يعرف أحسن منه ، اختصره

---

(١) الديباج المذهب : ١/ ٤٦١ ، سير أعلام النبلاء : ١٦/ ٣٨٣ .

(٢) تاريخ بغداد : ١١/ ٢٦٥ ، شذرات الذهب : ٣/ ١١٧ .

(٣) سير أعلام النبلاء : ١٦/ ٤٧٨ ، شذرات الذهب : ٣/ ١٤٤ .

(٤) الديباج المذهب : ٢/ ١٠٠ ، سير أعلام النبلاء : ١٧/ ١٠٧ .

القاضي عبد الوهاب ، ولقد كان ابن القصار قريناً للقاضي عبد الوهاب يأخذ هذا عن ذاك ، حدَّث عن عليّ بن الفضل التسوري وغيرهما ، روي عنه : أبو ذر الحافظ ، وأبو الحسن بن المهتدى بالله (ت ٣٩٨ هـ) .

٨ - الباقلاني (١) :

أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن قاسم : مقدم الأصوليين ، كان إماماً بارعاً ، صنَّف في الرّد على الرافضة والمعتزلة وغيرهما من الطوائف ، إليه انتهت رئاسة المالكية في وقته ، سمع من القطيعي وابن ماشا وغيرهما ، حدَّث عنه أبو ذر ، وأخذ عنه القاضي عبد الوهاب كثيراً في فن الأصول وعلم الكلام - وهو الذي فتح أفواههم وجعلهم يتكلمون كما قال القاضي عبد الوهاب (ت ٤٠٣ هـ) .

٩ - ابن الصلت المجبر (٢) :

أبو الحسن أحمد بن موسى بن القاسم بن الصلت المُجبر العبدري البغدادي : سمع من أبي إسحق بن عبد الصمد الهاشمي ، وأحمد بن عبد الله وكيل أبي صحرة ، والقاضي المحاملي ، وحدَّث عنه عبيد الله الأزهري ، وعبد الباقي الأنصاري وغيرهما (ت ٤٠٥ هـ) .

١٠ - ابن شاذان (٣) :

أبو عليّ الحسن بن أبي بكر بن إبراهيم بن شاذان البغدادي البزاز الأصولي : كان ثقة ، صحيح السماع ، صدوقاً . (٤٢٥ هـ) .

* * *

---

(١) الديباج المذهب : ٢/٢٢٨ ، تاريخ بغداد : ٥/٣٧٩ ، شذرات الذهب : ٣/١٦٨ .

(٢) سير أعلام النبلاء : ١٧/١٨٦ ، شذرات الذهب : ٣/١٧٤ .

(٣) شذرات الذهب : ٣/٢٢٩ ، تاريخ بغداد : ٧/٢٧٩ .

• خروجه من العراق ورحلته إلى مصر :

اختلفت الآراء في سبب خروج القاضي عبد الوهاب من بلده وموطنه العراق، فأكثر المصادر تقول : بأنه خرج من العراق لضيق حاله وللإفلاس الذي لحق به ، ففي يوم توديعه للعراق شيَّعه يوم فصل عنها من أكابرها وأصحاب محابرها جملة موفورة وطوائف كثيرة ، وأنه قال لهم عندما وقفهم للتوديع وعزّ عليهم في الرجوع : والله يا أهل بغداد ، لو وجدت بين ظهرانيكم رغيفين كل غداة وعشية ما عدلت ببلدكم بلوغ آمنية ، والخبز عندهم يومئذ ثلاثمائة رطل بمثقال [١] .

وقال لهم أيضاً : .. ولقد ترك أبي جملة دنانير وداراً أنفقتها كلها على صعاليك ممن كان ينهض بالطلب عندي ، فنكس كل واحد منهم رأسه ، ثم أمرهم بالانصراف فانصرفوا وأنشد :

لا تطلبن من المجبوب أولادا ... ولا الشراب لتسقي منه واردا
ومن يروم من الأرذال مكرمة ... كمن يؤتد في الأتبان أوتادا [٢]

ومما ارتجله أيضاً يومئذ هذه الأبيات[٣]:

سلام على بغداد في كل موطن ... وحق لها مني السلام المضاعف
لعمرك ما فارقتها قاليا لها ... وإني بشطي جانبيها لعارف
ولكنها ضاقت عليَّ برحبها ... ولم تكن الأرزاق فيها تساعف
فكانت كخلٍّ كنت أهوى وصاله ... وتنأى به أخلاقه وتخالف

وقيل أن سبب خروجه من بغداد كلام نقل عنه : أنه قاله في الإمام الشافعي وطُلب لأجله فعجل بالفرار منها خائفاً على نفسه [٤] .

---

(١) الذخيرة في محاسن الجزيرة : ٤/٥١٦ .
(٢) ترتيب المدارك : ٧/٢٢٣ .
(٣) ترتيب المدارك والوفيات : ٣/٢٢٥ ، تاريخ قضاه الأندلس ص ٤١ .
(٤) ترتيب المدارك : ٧/٢٢٤ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤١ .

وفي طريقه إلى مصر مرّ على دمشق فاجتاز في وجهته تلك بمعرة النعمان وبها يومئذ أبو العلاء أحمد بن سليمان [1] فضيفه وقال فيه :

والمالكي ابن نصر زار في سفر ... بلادنا فحـــمدنا النآي والسـفر

إذا تفـقه أحيا مالكــًا جــدلاً ... وينشر الملك الضليل إن شعرا [2]

والملك الضليل هو امرؤ القيس وكفى بها شهادة لشاعرية هذا الفقيه من أبي العلاء فيلسوف الشعراء [3] .

ولما وصل إلى مصر تولى القضاء ، فحمل لواءها وملأ أرضها وسماها واستتبع سادتها وكبراءها ، وتناهت إليه الرغائب وانثالت في يديه الرغائب [4] ، وكانت نيته المواصلة إلى المغرب [5] ، فأكرمه أهل المغرب ورفعوا من قدره وشأنه وحصل له هناك حال من الدنيا ، فممن أكرمه الإمام أبي محمد أبي زيد القيرواني، فقد ذكر أنه بعث إلى القاضي عبد الوهاب بألف دينار عيناً ، فلما بلغته قال : هذا رجل وجبت على مكافأته فشرح الرسالة [6] .

وبالنظر إلى سنة وفاة الشيخ أبي محمد بن أبي زيد (ت ٣٨٦ هـ) ، نقول : لعل هذه الصلة كانت ببغداد أو من أبناء الشيخ الذين خاطبوا القاضي عبد الوهاب ، وانعقدت بينه وبينهم صلة بسبب شرحه تآليف أبيهم ، ووصلوه بمال يرضه واستدعوه للدخول إلى المغرب فكتب إليهم .

---

(١) أبو العلاء المعري : هو أحمد بن عبد الله بن سليمان ، ولد بمعرة النعمان وهي قرية تقع في الجنوب الغربي من مدينة حلب ، له نظم « لزوم ما لا يلزم » ، و« الهمزة والردف » ، توفى سنة ٤٤٩ هـ . (وفيات الأعيان : ١١٣/١ ، وسير علام النبلاء : ٢٣/١٨) .

(٢) الذخيرة : ٥١٦/٤ ، سير أعلام النبلاء : ٤٢٩/١٧ .

(٣) انظر : أدب الفقهاء - عبد الله كنون ص ٣٦ .

(٤) الديباج المذهب : ٢٦/٢ ، الوفيات : ٢١٩/٢ ، الذخيرة : ٥١٦/٤ .

(٥) ترتيب المدارك : ٢٢٥/٧ .

(٦) معلم الإيمان : ١١٣/٣ .

ويلاحظ أن القاضي عبد الوهاب بعد رحيله عن بغداد تأثر كثيراً من ابتعاده عنها وبدى منه ندم عظيم ، ويظهر ذلك من خلال أشعاره التي كتبها في ذلك ، ومنها قوله [١] :

أنا في الغربة أبكي ... ما بكيت عين غريب
لم أكن يوم خروجي ... من بلادي بالمصيب
عجباً لي ولتركي ... وطناً فيه حبيبي

وقال [٢] :

قطعت الأرض شهري ربيع ... إلى مصر وعدت إلى العراق
فقال لي الحبيب وقد رآني ... سبوقاً للمضمرة العتاق
ركبت على البراق ؟ فقلت: كلا ... ولكني ركبت على اشتياقي

وقال يتشوق إلى بغداد [٣] في قصيدة طويلة نختار منها :

خليلي في بغداد هل أنتما ليا ... على العهد مثلي أم غدا العهد باليا
وهل أنا مذكور بخير لديكما ... إذا ما جرى ذكر بمن كان نائيا
وهل ذرفت عند النوى مقلتاكما ... عليّ كما أمسى وأصبح باكيا
وكم قائل لو كان ودك صادقا ... لبغداد لم ترحل ، فكان جوابيا
يقيم الرجال الأغنياء بأرضهم ... وترمي النوى بالمعسرين المراميا
وما هجروا أوطانهم عن ملالة ... ولكن حذارا من شمات الأعاديا

وقال وهو يبكي على بغداد[٤] :

أتبكي على بغداد وهي قريبة ... فكيف إذا ما ازددت عنها غدا بعدا

---

(١) الذخيرة في محاسن الجزيرة : ٤/٥٢٥ .
(٢) المصدر السابق : ٥/٥٢٨ .
(٣) المصدر السابق : ٤/٥٢٧ .
(٤) المصدر السابق : ٤/٥٢٢ .

لعمرك ما فارقت بغداد عن قِلي	لهـا إن وجـدنا للفـراق بها بـداً
إذا ذكـرت بغداد نفسـي تقطـعت	من الشوق أو كادت تموت بها وجدا
أنا ذاك الصديـــق لكـن قلبـــي	عنـد قـرب الديـار ليس بقلب
ما أنتفعـنا بقربكـــم ثـم لا لو	ـم عليكم وإنمـا الذنـب ذنبـي
أنا فـي خطـة وأسـأل ربـــي	في خلاصي من شرها ثم حسبي

لقد خاطب فقهاء القيروان في الوصول إليها فرغبه في ذلك أبو عمران الفاسي وكسره عنه أبو بكر بن عبد الرحمن [١] .

ويجب أن نذكر أنه رحل إلى مكة لأداء فريضه الحج ، وفي أثناء تأديته لهذه الفريضة حصلت بينه وبين المنتصر بالله حاكم مصر وقتئذٍ مراسلة فيما يلي نصها[٢] :

إلى المنتصر بالله صاحب مصر :

حصن الله المؤمنين من الشيطان بجنن الطاعة ودثرهم من قر وسواسه بسرابيل القناعة ، ووهبهم من نعمه مدداً ومن توفيقه رشداً ، وصيَّرهم إلى منهج الإسلام وسبيله الأقوم وجعلهم من الآمنين فيما هم عليه موقوفون وزيَّنهم بالتثبيت فيما عنه مسؤولون : ﴿ وما ربك بظلام للعبيد ﴾ [٣] .

كتابي إليك من الجب بإزاء مصرك وفناء برك بعد أن كانت بغداد لي الوطن والألفة والسكن ، ولما كنت على مذهب صحيح ومتجر ربيح كثرت عليَّ الخوارج ، وشق علي الماء ارتقاء المناهج ﴿ ولينصرن الله من ينصره ، إن الله لقوي عزيز ﴾ [٤] ، فأتيت مكة - حرسها الله - لكي أقضي فرض الحج من

(١) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٦ .

(٢) الذخيرة : ٤/ ٥٢٠ .

(٣) سورة فصلت ، الآية : ٤٦ .

(٤) سورة الحج ، الآية : ٤٠ .

عج وثج أسأل الله تعالى القبول وكيف وإنما يتقبل الله من المتقين ، وقد كنت عندي ذا سُنَّة ودين محبا في الله تعالى وفي النبيين وفي محمد ﷺ والمهديين ، فورد الناطقون وأتى المخبرون ، بخبر ما أنت عليه فذكروا أنك مدحض لمذهب مالك ، موّعد لصاحبه بأليم المهالك هيهات هيهات : ﴿ إنك ميت وإنهم ميتون* ثم إنكم يوم القيامة عند ربكم تختصمون ﴾ [1] ، فأبيت القبول على أمر لم يصح بيانه لكثرة الكذب في الدنيا ، وإذ لا يحل لمسلم أن يموت طوعاً فأردت الكشف عن ذلك بكتاب منك ، والسلام على من اتبع الهدى .

جواب المستنصر بالله : حرس الله مهجتك وطول مدتك ، وقدم أمير المؤمنين إلى المنية قبلك وخصه بها دونك ، ورد كتابك المكرم وأتى خطابك المعظم يفصح البكم وينزل العصم ، وهبت عليه رياح البلاغة فنمقته ، ووكفت عليه سحائب البراعة فرققته ، فياله من خط بهي ولفظ شهي تذكر فيه حسن ظنونك بنا وتثبت مآثرنا ، فلما أن عرست بإزائها ، ورد من فسخ عليك ، فخذ بظاهرها ما كان عندك ورد ودع لربك علم ذات الصدور والسلام [2] .

* * *

● **فضائله وأخلاقه ومكانته العلمية وأقوال العلماء فيه :**

لقد كان القاضي عبد الوهاب عابداً زاهداً متأدباً ثقة كثير الحفظ ، وكان حسن النظر جيِّد العبارة ، فقيهاً متفنناً باهراً أديباً ، من أعيان علماء الإسلام ، سما قدره وشاع في الأفق ذكره ، قال ابن بسام : « كان أبو محمد في وقته بقية الناس ولسان أصحاب القياس ، وهو أحد من صرَّف وجوه المذهب المالكي بين لسان الكناني ونظر اليوناني فقدَّر أصوله وحرَّر فصوله وقرر جمله وتفاصيله ، ونهج فيه سبيلاً كانت قبله طامسة المنار دارسة الآثار ، وكان أكثر الفقهاء - ممن لعله - كان أقرب سنداً وأرحب أمداً قليل مادة البيان كليل شباة اللسان ، قلما يصل في كتبه

---

(١) سورة الزمر ، الآية : ٣٠ - ٣١ .

(٢) الذخيرة : ٥٢١/٤ .

غير مسائل يلقفها ولا يثقفها ويبوبها ولا يرتبها ، فهي متداخلة النظام غير مستوفاة الأقسام ، وكلهم قد قلد أجر ما اجتهد وجزاء ما نوى واعتقد » [١] .

ولقد كان أحد أركان المذهب المالكي ، من الذين أسسوا المذهب وأصلوا له فهو أحد أئمة المالكية ومصنفيهم ، وإليه انتهت رئاسة المذهب [٢] .

قال الخطيب البغدادي فيه : « لم نلق من المالكيين أفقه منه » [٣] .

ألّف في المذهب والخلاف والأصول تآليف بديعة مفيدة [٤] ، كما أصبحت لآرائه أهمية خاصة في المذهب حتى جعلت هذه الآراء دليل ترجيح ومذهباً متبعاً، فمما جاء في مقدمات ابن رشد : « ... وقد اختلف في صريحه - أي الطلاق - ما هو على ثلاثة أقوال : أحدها : أن صريحه لفظ الطلاق خاصة وأن كناياته ما عدا ذلك مثل قوله : خلية وبرية وحبلك على غاربك ، وما أشبه ذلك وهو مذهب عبد الوهاب ... » [٥] .

ولقد ذكر بأن سبب انتشار المذهب المالكي في مصر ثانية - بعد أن درس - هو القاضي عبد الوهاب [٦] .

ولقد تفقه عليه مجموعة كبيرة من العلماء الذين ذاع صيتهم في الآفاق والذين سيأتي ذكرهم .

وكان القاضي أبو بكر الباقلاني يعجبه حفظ أبي عمران الفاسي القيرواني [٧]

---

(١) الذخيرة - لابن بسام : ٤/ ٥١٥ .
(٢) شذرات الذهب : ٣/ ٢٢٣ .
(٣) تاريخ بغداد : ١١/ ٣٠ .
(٤) تاريخ قضاة الأندلس ص ٤١ ، وسوف يأتي ذكر جميع مؤلفاته .
(٥) المقدمات : ١/ ٥٧٨ .
(٦) انتصار الفقير السالك - للراعي ص ٣٠٧ .
(٧) أبو عمران الفاسي : أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي الحجاج الغفجومي ، سكن القيروان ، وحصلت له بها رئاسة العلم ، رحل إلي المشرق ، فدرس الأصول عند أبي بكر الباقلاني ، أخذ عنه الناس من المغرب والمشرق ، توفى سنة ٤٣٠ هـ (الديباج المذهب : ٢/ ٣٧٧) .

ويقول : « .... لو اجتمع في مدرستي هو وعبد الوهاب - صاحب المعونة - لاجتمع علم مالك : أبو عمران يحفظه وعبد الوهاب ينصره » ، وقال عنهما : «لو رآكما مالك لسر بكما » [1] .

وقال الخطيب البغدادي فيه : كان حسن النظر ،جيِّد العبارة [2] .

ونقل المقري عن ابن بسام قوله : « بلغني عن ابن حزم أنه كان يقول لو لم يكن لأصحاب المذهب المالكي بعد عبد الوهاب إلا مثل أبي الوليد الباجي لكفاهم ... » ، وهذه شهادة كبيرة من ابن حزم للقاضي عبد الوهاب قبل أن تكون لأبي الوليد الباجي .

كما قال فيه ابن فرحون : « القاضي أبو محمد : أحد أئمة المذهب كان حسن النظر ، نظاراً للمذهب ، ثقة ، حُجَّة ، نسيج وحده وفريد عصره » [4] .

وقال صاحب كتاب « النجوم الزاهرة » : « .. وكان شيخ المالكية في عصره وعالمهم » [5] .

وقال ابن القيم عنه : « .. القاضي عبد الوهاب إمام المالكية بالعراق من كبار أهل السُّنَّة - رحمهم الله تعالى - » [6] .

ولقد كان القاضي عبد الوهاب منكباً على العلم : طلباً وتعليماً وتأليفاً ، مقبلاً عليه منشغلاً به ، لا يسعه غيره ولا يعرج على غيره .

... فقد حكي عنه أنه لما أن دخل مصر وتأهل بها وقعد مع زوجته سنين ثم

---

(١) الديباج المذهب : ٢/ ٣٣٨ ، ترتيب المدارك : ٧/ ٢٤٦ .

(٢) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٤٦ .

(٣) نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب : ٢/ ٦٩ .

(٤) الديباج المذهب : ٢/ ٢٦ .

(٥) النجوم الزاهرة : ٤/ ٢٧٦ .

(٦) اجتماع الجيوش الإسلامية ص ٥٨ .

مات - رحمه الله تعالى - أراد أهلها أن يزوجوها ، فقالت لهم : إذا عزمتم فزوجوني على أني بِكْرٌ .

فقالوا لها : كيف ؟ وقد أقمت سنين معه .

فقالت : أول ليلة دخل عليَّ صلَّى ركعتين وجلس ينظر في كتبه ، ولم يرفع رأسه ، ثم كذلك في سائر أيامه ، فقمت يوماً ولبست وتزينت ولعبت بين يديه، فرفع رأسه ونظر إليَّ وتبسم وأخذ القلم الذي بيده فجره على وجهي وأفسد به زينتي ثم أكب رأسه على كتبه لم يرفعه بعد ذلك حتى انتقل إلى ربه - عَزَّ وجَلَّ- .

فمن كانت له همة سنية فلينسج على منواله . . . »[1] .

* * *

● القاضي عبد الوهاب فقيهاً وأصولياً :

برع القاضي عبد الوهاب في الفقه والأصول ، لذا كانت جلّ كتاباته ومؤلفاته تدور حول هذين الفنين من العلوم فقط .

وذلك لأنه اجتمع للقاضي عبد الوهاب أمران : التمكن من الفقه المالكي تمكناً عديم النظر مع سعة التفكير ، وانضاف إلى ذلك سيلان قلمه في تحريره ، فبلغ رتبة ممتازة في الغوص الفقهي وسعة التحليل في إبداء النظر الثاقب في التحريرات الفقهية والتدقيقات العلمية[2] .

مما أعط لكتبه وزناً خاصاً سواء في داخل المذهب المالكي أو في عموم الفقه الإسلامي : فإن أكثر الفقهاء ومفسري القرآن وشراح الحديث ينقلون عنه ويستدلون بآرائه وأقواله ومن هؤلاء نذكر :

ابن رشد (ت ٥٢٠) ، والباجي (٤٧٤ هـ) ، والقرافي (٦٨٤ هـ) ، وابن

---

(١) المدخل - لابن الحاج : ٢/ ١٨٠ .

(٢) انظر مقدمة : تحقيق كتاب المعلم : ١/٣٥ - ٣٦ .

فرحون (٧٩٩ هـ) ، والقرطبي (٦٧١ هـ) ، والحافظ ابن حجر (٨٥٢ هـ) ، والسيوطي (٩١١ هـ) وغيرهم .

وقد وصل القاضي عبد الوهاب في الفقه إلى درجة مرموقة حتى عده السيوطي من الفقهاء المجتهدين [١] في المذهب .

هذا في الفقه ، أما في الأصول فقد سجل عصر القاضي عبد الوهاب تقدم هذا العلم بخاصة وتفوقه إذ تهيئا له من الأعلام المتخصصين فيه العدد الكبير أمثال الباقلاني والقاضي عبد الوهاب والدبوسي أبو زيد وأبو الحسين البصري وإمام الحرمين الجويني وأبو حامد الغزالي وغيرهم ، مما أوجد نشاطاً أصولياً ، لا يضارعه نشاط وما زالت المؤلفات الأصولية في العصور المتأخرة عاله على إنتاج هؤلاء العلماء في هذه الفترة فأصبحت المصدر والمورد فكراً ومضموناً [١] .

والقاضي عبد الوهاب حلقة وصل بين كبار علماء الأصول كالباقلاني وابن القصار اللذين درس عليهما واستفاد منهما استفادة جليلة في هذا الفن - وهما غنيان عن التعريف وعن ذكر براعتهما في هذا العلم - وبين العلماء اللاحقين كالشيرازي (٤٧٦ هـ) ، والباجي والقرافي والزركشي والسيوطي وغيرهم .

فالشيرازي أخذ عنه وقال : « سمعت كلامه في النظر » [٣] ، وهو شيخ الباجي الذي عد القاضي من المحققين في هذا العلم [٤] ، وأما القرافي فإن كتابيه شرح تنقيح الفصول ونفائس الأصول - من مصادرها الأساسية والتي ينقل عنها باستمرار كتب القاضي عبد الوهاب الأصولية كالإفادة والتلخيص [٥] وغيرهما ، وكذلك الزركشي في كتابه البحر المحيط فإنه ينقل عن مجموعة كتب

---

(١) حسن المحاضرة : ١/٣١٤ ، والاجتهاد ص ١٩٤ .

(٢) الفكر الأصولي - عبد الوهاب أبو سليمان ص ١٦٨ .

(٣) الطبقات ص ١٦٣ .

(٤) أحكام الفصول في أحكام الأصول ص ٧٨ .

(٥) انظر : شرح تنقيح الفصول .

القاضي عبد الوهاب الأصولية ونذكر منها « المفاخر » و« الملخص » و« الإفادة » وغيرها [1] ، أما السيوطي فإن كتابه « الاجتهاد » أكثر فيه من النقل عن آراء وتوجيهات القاضي عبد الوهاب في باب الاجتهاد من هذا الفن .

* * *

● توليه القضاء :

من أهم الأعمال التي قام بها القاضي عبد الوهاب في حياته توليه القضاء في مناطق كثيرة من العراق ومصر .

فقد كان أبو محمد قاضياً في بادرايا [2] ، وباكسايا [3] ، وهما بلدتان من أعمال العراق [4] .

وذكر صاحب الذخيرة [5] أنه ولي القضاء بمدينة أسعرد [6] ، وقال القاضي عياض [7] أنه ولي قضاء الدينور [8] .

---

(١) انظر : البحر المحيط : ١/٨ .

(٢) بادرايا (ياء بين الألفين) : طسوج بالنهروان وهي بلدة بقرب باكسايا بين البندنيجين ونواحي واسط ، يقال : إنها أول قرية جُمع منها الحطب لنار إبراهيم (معجم البلدان : ١/٣١٦) .

(٣) باكسايا (بضم الكاف وبين الألفين ياء) : بلدة قرب البندنيجين وبادرايا بين بغداد وواسط من الجانب الشرقي في أقصى النهروان (معجم البلدان : ١/٣٢٧) .

(٤) انظر ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٠ ، تاريخ بغداد : ١١/٣١ ، البداية والنهاية : ١٢/٣٣ .

(٥) الذخيرة : ٤/٥١٧ ، الوفيات : / ٢٢٢ .

(٦) أسعرد : وهي بلدة إلى الجنوب من ميا فارقين (انظر تقويم البلدان لأبي الفداء صاحب حماة ص ٢٨٩) .

(٧) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٠ ، تاريخ قضاه الأندلس ص ٤٠ .

(٨) الدينور : مدينة من أعمال الجبل قرب ميسين ، وبين الدينور وهمذان نيف وعشرون فرسخاً وأهلها أجود طبعاً ، وبها الثمار والزرع الكثيرة . (معجم البلدان : ٢/٥٤٥) .

ولقد كان قاضياً في مصر حين توفي بها [1] .

* * *

● **تلاميذه :**

١ - ابن عمروس [2] :

محمد بن عبيد الله بن أحمد بن عمروس البزاز البغدادي ، شيخ المالكية ، إليه انتهت الفتوى ببغداد ، كان من كبار المقرئين ، فقيهاً أصولياً صالحاً ، أخذ عن القاضيين بن القصار وعبد الوهاب ، وسمع أبا حفص بن شاهين ، وروى عنه الخطيب البغدادي ، ودرس عليه القاضي أبو الوليد الباجي (ت ٤٥٢ هـ).

٢ - الخطيب البغدادي [3] :

أبو بكر أحمد بن عليّ بن ثابت الخطيب البغدادي ، خاتمة الحُفَّاظ ، وصاحب التصانيف الكبيرة ، سمع من أبي الفضل التميمي وأبي العلاء الوراق وغيرهم ، قال الخطيب البغدادي عن القاضي عبد الوهاب : ..... كتبت عنه وكان ثقة[4] (ت ٤٦٣ هـ) .

٣ - عبد الحق بن هارون [5] :

أبو محمد عبد الحق بن هارون السهمي الصقلي ، شيخ المالكية ، ناظر بمكة المكرمة أبا المعالي إمام الحرمين وباحثه ، موصوف بالذكاء وحسن التصنيف ، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بكر بن عبد الرحمن ، وأبي عمران الفاسي ولقي

---

(١) الديباج المذهب : ٢/ ٢٦ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٣ .

(٢) الديباج المذهب : ٢/ ٢٣٨ ، شذرات الذهب : ٣/ ٢٩٠ ، سير أعلام النبلاء : ١٨/ ٧٣ .

(٣) سير أعلام النبلاء : ١٨/ ٢٧٠ ، تذكرة الحفاظ : ٣/ ١١٣٥ .

(٤) تاريخ بغداد : ١١/ ٣١ .

(٥) الديباج المذهب : ٢/ ٥٦ ، شجرة النور الزكية ص ١١٦ ، سير أعلام النبلاء : ١٨/ ٣٠١ .

القاضي عبد الوهاب في الحج ، له كتاب « النكت والفروق لمسائل المدونة » ، و« التهذيب الطالب » وغيرهما (ت ٤٦٦ هـ) .

٤ - أبو الفضل الدمشقي [١] :

أبو الفضل مسلم بن عليّ بن عبد الله بن محمد بن حسين الدمشقي ، يعرف بغلام عبد الوهاب ، اشتهر به لطول صحبته وخدمته ، له مؤلف مشهور في الفروق الفقهية ، وآخذ مادته من كتاب « الفروق في مسائل الفقه » للقاضي عبد الوهاب شيخه : كما صرح بذلك في مقدمة كتابه حيث قال : « . . وقد كان القاضي - يقصد عبد الوهاب - رحمه الله تعالى - حدثني أنه عمل كتاباً وسماه « بالجموع والفروق » ، وأنه تلف له ولم يعمل غيره ، وذكر أيضاً أصحابه فروقاً مفترقة يصعب حفظها على من رامها ، وتشتد علي من طلبها لأنهم لم يقصدوا إلى إفرادها ، بل أوردوها في تضاعيف الكتب ، وأنا أثبت لك من ذلك ما يسهل عليك تناوله ويقرب فهمه . . . » [٢] .

٥ - أبو العباس بن قبيس [٣] :

أبو العباس أحمد بن منصور بن محمد بن قبيس الغساني الدمشقي ، سمع من الغندجاني وأبو الحسن الواحدي والعكبري وغيرهم ، يروي كثيراً عن القاضي عبد الوهاب .

٦ - أبو إسحق الشيرازي [٤] :

أبو إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الشيرازي ، سمع البيضاوي والزجاجي وأبو حاتم القزويني وغيرهم ، وحدث عنه الخطيب البغدادي ، وأبو الوليد الباجي والكرخي وغيرهم ، اشتهرت تصانيفه في الدنيا كالمهذب واللمع

---

(١) ترتيب المدارك : ٤/ ٧٦٥ .

(٢) الفروق الفقهية - لأبي الفضل الدمشقي ص ٦١ - ٦٢ .

(٣) ترتيب المدارك : ٤/ ٧٦٥ ، سير أعلام النبلاء : ١٨/ ٣٤٧ .

(٤) شذرات الذهب : ٣/ ٣٤٩ ، سير أعلام النبلاء : ١٨/ ٤٥٢ .

والملخص في أصول الفقه ، ولعله أخذ تسمية كتابه « المعونة في الجدل » من اسم هذا المصنف « المعونة على مذهب عالم المدينة » لشيخه القاضي عبد الوهاب .

قال أبو إسحق الشيرازي في تعريف القاضي عبد الوهاب : « .. أدركته وسمعت كلامه في النظر » [(١)] (ت ٤٧٦ هـ) .

وغيرهم من التلاميذ من أئمة المالكية في المشرق والمغرب وأهل الأندلس منهم القاضي محمد بن الشماخ الغافقي وصاحبه مهدي بن يوسف [(٢)] .

٧ - أما القاضي ابن الشماخ الغافقي فهو :

أبو عبد الله محمد بن الحبيب من أهل العلم والفضل ، حمل عن القاضي عبد الوهاب جميع كتبه وأخذ عنه أهل الأندلس بعد رحلته المشرقية ، كتب القاضي عبد الوهاب ، وهكذا يكون له الفضل في نشر المؤلفات العراقية - المالكية - بالأندلس والمغرب [(٣)] .

أما المهدي بن يوسف فلم أقف على ترجمة له .

* * *

● آثاره العلمية ومؤلفاته :

للقاضي عبد الوهاب كتب كثيرة في أكثر الفنون لكنه برع وبرز في تأليف الأصول والفقه المذهبي والخلاف ، ومما ذكره المترجمون له ما يلي :

١ - التلقين :

وهو من المختصرات التي يدور عليها مذهب مالك ، ومع صغر حجمه يعد من أجود المختصرات ، ومن خيار الكتب وأكثرها فائدة [(٤)] ، ولقد حُقق هذا

---

(١) طبقات الفقهاء ص ١٦٣ .

(٢) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢١ ، تاريخ قضاه الأندلس ص ٤١ ، الديباج المذهب : ٢/ ٢٦ .

(٣) ترتيب المدارك : ٨/ ١٦٥ ، المعيار المعرب : ١٠/ ٦٠ .

(٤) انظر الديباج المذهب : ٢/ ٢٦ ، فوات الوفيات : ٢/ ٤٢٠ ، سير أعلام النبلاء : ١٧/ ٤٢٩ .

الكتاب بجامعتنا أم القُرى من الطالب محمد ثالث سعيد الغاني سنة ١٤٠٥ هـ - ١٤٠٦ هـ .

٢ - المعين على كتاب التلقين :

وهو شرح من القاضي عبد الوهاب لمختصره التلقين لكنه لم يتمه [١] ، وتوجد نسخه من هذا الكتاب في خزانة القرويين تحت رقم ٣٥٥ .

٣ - شرح المدونة :

بدأ القاضي عبد الوهاب بشرح المدونة ، لكنه لم يتمه أيضاً [٢] .

٤ - النصرة لمذهب الإمام دار الهجرة :

وهو من أعظم ما ألَّف القاضي عبد الوهاب ، وكان هذا الكتاب في مائة جزء ، فوقع الكتاب بخطه بيد بعض قضاة الشافعية ، فألقاه في النيل [٣] قبل أن يكتب له الانتشار .

٥ - الممهد في شرح مختصر أبي محمد بن أبي زيد القيرواني :

وهو شرح لمختصر المدونة الذي ألفه الشيخ ابن أبي زيد القيرواني صنع فيه نحو نصفه [٤] .

ويوجد الجزء الخامس من هذا الشرح العظيم في مركز المخطوطات بمعهد البحث العلمي بجامعة أُم القرى وهو تحت رقم (٤٨ فقه مالكي) ، ويحتوي هذا الجزء علي الأبواب التالية :

الجعالة ، القراض ، المساقاة ، الشركة ، الوديعة ، الوكالات ، العصبة ، الشهادات ، الدعاوي ، الإقرار ، الرهن ، العارية ، الحجر ، التفليس ،

---

(١) انظر ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤١ .

(٢) انظر ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، الديباج المذهب : ٢/٢٨ .

(٣) انظر : شجرة النور الزكية ص ١٠٤ ، انتصار الفقير السالك .

(٤) انظر ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٤ .

الضمان ، الحوالة ، الصلح ، إحياء الموات ، اللقيط ، اللقطة ، الغصب ، الاستحقاق ، الهبات ، الصدقات ، الأحباس ، الوقف ، الشفعة ، القسمة ، الوصية .

٦ - شرح رسالة ابن أبي زيد :

ولقد سبق وأن ذكرنا سبب وقصة تأليفه شرح الرسالة ، ولقد قيل بأنه أول شارح لها ، وسلك في شرحه مسلك الإسهاب والإطناب في نحو ألف ورقة ، ولقد بيعت أول نسخة من هذا الشرح بمائة مثقال ذهباً [١] ، ولقد قال شعراً حسناً في مدحه للرسالة هذا نصه :

رسـاله علم صــاغها العلم النهد	قد اجتمعت فيها الفرائض والزهد
أصــول أضــاءت بالهدى فكأنما	بدى لعيون الناظـرين بها الرشـد
وفي صدرها علم الديانة واضحاً	وآداب خيـر الخـلق ليـس لها ند
لقــد أم بانيــها الســداد فذكــره	بها خالد ما حـج واعتـمر الوفد

ويوجد من هذا الشرح جزء مخطوط بالخزانة العامة بالرباط تحت رقم ٦٢٥ق [٢] .

٧ - المعونة على مذهب عالم المدينة :

وسوف يأتي الحديث مفرداً لهذا الكتاب الذي ألَّفه كمدخل لشرحيه السابقين.

٨ - عيون المسائل [٣] :

وهو في الفقه ، وقد ذكره ابن فرحون ونقل عنه في كتابه اللطيف « درة الغواص في محاضرة الخواص » [٤] .

---

(١) انظر ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، الديباج المذهب : ٢/٢٨ ، معالم الإيمان : ٣/١١٢ .

(٢) انظر مقدمة تحقيق الرسالة ص ٤٣ .

(٣) انظر ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، الديباج المذهب : ٢/٢٨ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٤ ، إيضاح المكنون : ٢/١٣٤ .

(٤) درة الغواص في محاضرة الخواص ص ١٥٧.

ورأيت في فهرس مخطوطات خزانة القرويين [1] كتاب « عيون المجالس » للقاضي عبد الوهاب أبو محمد بن نصر البغدادي تحت رقم (١١٤٣) ، لعله يكون هو أو يكون كتابا آخر له .

٩ - اختصار عيون المجالس [2] :

وأظنه اختصار للكتاب السابق .

١٠ - اختصار عيون الأدلة :

وهو اختصار لكتاب عيون الأدلة للقاضي ابن القصار ، ولدى صورة للجزء الأخير من هذا الكتاب أوله كتاب « الظهار » ، وينتهي بكتاب « الوصايا » .

مصور من خزانة القرويين ورقمه (٨٠/ ٢٩١) .

قال القاضي عبد الوهاب في آخر الكتاب : « وقد نقلت لفظ القاضي رحمه الله حرفاً وحرفاً إلا في بعض المسائل فاختصرت في نقلها بعض الاختصار ، وفي بعض المسائل قدمت وأخرت ولم نغير المعنى وهو قليل ، وقد تركت فصولاً ومسائل لوقوع الاختلاف فيها ، وعدد هذه المسائل ألف وأربعمائة وأربعون مسألة والحمد لله رب العالمين . . . » [3] .

١١ - النظائر في الفقه :

وهو في خزانة القرويين [4] تحت رقم (٢/ ٣٨٢) ، ولم أجد في ترجمة القاضي عبد الوهاب نسبة ذلك الكتاب إليه ، وإن ثبتت نسبته إليه ، فإنه يعتبر من أول ما ألف عند المالكية في هذا الفن .

---

(١) فهرس مخطوطات خزانة القرويين : ٣/ ٢٤٩ .

(٢) الأعلام : ٤/ ١٨٤ .

(٣) اختصار عيون الأدلة : ١٣٨/أ .

(٤) فهرس خزانة القرويين : ١/ ٣٧٦ .

١٢ - الأدلة في مسائل الخلاف [1] :

وينقل القرافي كثيراً عن هذا الكتاب في كتابه « الذخيرة » [2] .

١٣ - الإشراف على مسائل الخلاف [3] :

وهو كتاب في الفقه الموازن ، مطبوع طبعة قديمة بمكتبة الإرادة بتونس في جزءين كبيرين .

١٤ - أوائل الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء المِلَّة [4] :

وهو في الفقه المقارن أيضاً .

١٥ - غرر المحاضرة ورؤوس مسائل المناظرة [5] :

وتوجد نسخة من هذا الكتاب مخطوطة في دار الكتب الوطنية بمدريد في أسبانيا تحت رقم (٦٠) [6] . .

١٦ - شرح فصول الأحكام وبيان ما مضي به العمل عند الفقهاء والحكام [7] :

وهو فى خزانة القرويين تحت رقم (١/ ٣٨٢) .

وتوجد نسخة منه أيضاً بمكتبة الملك عبد العزيز بجدة - تحت رقم ١١٠ فقه مالكى ، وللباجي كتاب مطبوع بهذا الاسم .

---

(١) انظر : شجرة النور الزكية ص ١٠٤ ، فوات الوفيات : ٢/ ٤٢٠ .

(٢) انظر : مقدمة الجزء الأول ، المحقق ص ٢١ من كتاب « الذخيرة » .

(٣) انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤١ .

(٤) انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤١ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٤ .

(٥) انظر : الأعلام : ٤/ ١٨٤ .

(٦) ذكر ذلك بروكلمان في ملحق (١/ ٦٦٠) .

(٧) انظر : الأعلام : ٤/ ١٨٤ ، فهرس خزانة القرويين : ١/ ٣٧٥ .

١٧ - الرد على المزني [١] :

وقد ذكره ونقل عنه شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابه «منهاج السُّنَّة النبوية»[٢].

١٨ - الجوهرة في المذاهب العشرة [٣] .

١٩ - البروق في مسائل الفقه :

ولعله الفروق في مسائل الفقه كما ذكر ذلك ابن فرحون في ديباجه [٤] ، ويعد هذا أول كتاب مالكي يؤلف في فن الفروق الفقهية ، حيث لا يعلم ولم يصلنا من ألف من هذا الفن قبل القاضي عبد الوهاب [٥] من المالكية .

٢٠ - الإفادة [٦] :

وهو في أصول الفقه يكثر ذكره القرافي في كتابه شرح تنقيح الفصول .

٢١ - التلخيص في أصول الفقه أيضاً [٧] :

ويطلق عليه أيضاً « الملخص » ، ويكثر النقل عنه القرافي والزركشي في كتابيهما ، شرح تنقيح الفصول والبحر المحيط .

٢٢ - المفاخر [٨] :

وهو في أصول الفقه كذلك ، ولعله نفسه كتاب « الأجوبة الفاخرة في أصول الفقه » الذي اعتمده الزركشي في تأليف كتابه « البحر المحيط » [١] .

---

(١) انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ .
(٢) منهاج السُّنَّة النبوية : ٥/ ٢١٦ .
(٣) انظر : هدية العارفين : ١/ ٦٣٧ .
(٤) انظر : الديباج المذهب : ٢/ ٢٨ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٤ .
(٥) انظر : مقدمة تحقيق كتاب « الفروق » - للونشريسي ص ٥٢ ، (تحقيق حمزة أبو فارس) .
(٦) انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ ، الديباج المذهب : ٢/ ٢٨ .
(٧) انظر المصادر السابقة .
(٨) انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ .
(٩) البحر المحيط : ١/ ٨ .

٢٣ - المقدمات في أصول الفقه :

ولم أجد من ذكره ضمن ترجمة القاضي عبد الوهاب ، وإنما نقل عنه وذكره كثيراً السيوطي في كتابه « الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض » ، ولعله يكون مقدمة لكتاب من كتبه الفقهية ؟!

فمما نقله « مقدمة هذا الكتاب » حيث قال القاضي عبد الوهاب في أول كتابه « المقدمات في أصول الفقه » :

الحمد لله الذي شرع وكلف ، وبين ووقف ، وفرض وألزم ، وأوجب وحتم، وحلل وحرم ، وندب وأرشد ، ووعد وأوعد ، ونهى وأمر ، وأباح وحظر ، وأعذر وأنذر ، ونصب لنا الأدلة والإعلام على ما شرع لنا من أحكام وفصل الحلال من الحرام والقرب من الآثام ، وحض على النظر فيها والتفكر والاعتبار والتدبر ، فقال جلّ ثناؤه : ﴿ فاعتبروا يا أولي الأبصار ﴾ [١] ، وقال : ﴿ أفلا يتدبرون القرآن ﴾ [٢] ، وقال : ﴿ وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون ﴾ [٣] ، وقال : ﴿ كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولوا الألباب ﴾ [٤] ، وقال : ﴿ ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ﴾ [٥] ، وقال : ﴿ فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم ﴾ [٦] .

والتفقه من التفهم والتبين ولا يكون ذلك إلا بالنظر في الأدلة واستيفاء الحُجَّة دون التقليد ، فإنه لا يثمر علماً ولا يفضي إلى معرفة ، وقد جاء النص بذم من أخلد إلى تقليد الآباء والرؤساء ، واتباع السادة والكبراء تاركاً بذلك ما ألزمه من

---

(١) سورة الحشر ، الآية : ٢ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٨٢ .

(٣) سورة العنكبوت ، الآية : ٤٣ .

(٤) سورة ص ، الآية : ٢٩ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٨٣ .

(٦) سورة التوبة ، الآية : ١٢٢ .

النظر والاستدلال وفرض عليه من الاعتبار والاجتهاد ، فقال تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أولو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون ﴾ (١) .

وقال : ﴿ إنا وجدنا آباءنا على أُمة وإنا على آثارهم مهتدون ﴾ (٢) في نظائر من الآيات تنبيه على خطر التقليد (٣) .

٢٤ - وله تقييد على الأحكام الخمسة :

« ضمن مجموع من ص ٢٤٦ إلى ٣٤٨ في خزانة تطوان برقم ٨٢٦ » (٤) .

٢٥ - المروزي في الأصول (٥) :

٢٦ - وله مؤلف في العقيدة :

ذكره السكوني في كتابه « عيون المناظرات » حيث قال : « .. وقد ذكر القاضي عبد الوهاب في عقيدته أن مالكاً رحمه الله صنف عقيدة وأعطاها لابن وهب فكانت عنده » (٦) .

ولعله يكون مقدمة عقدية لكتاب من كتبه على طريقة ابن أبي زيد القيرواني في كتابه « الرسالة » .

* * *

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٧٠ .

(٢) سورة الزخرف ، الآية : ٢٢ .

(٣) انظر : كتاب « الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض » ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١ هـ) ص ١٠٧ - ١٠٩ .

(٤) أفادني بهذه المعلومة الأستاذ عبد الرحمن الشعلان الذي أطلع عليها في زيارته للمغرب .

(٥) انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ .

(٦) عيون المناظرات - للسكوني ص ٢٠٤ .

● شعره :

للقاضي عبد الوهاب شعر يروق العيون ويفوق المنثور والموزون ، فهو صاحب البيتين المشهورين [١] :

بغداد دار لأهل المال واسعة — وللصعاليك دار الضنك والضيق

أصبحت فيها مهاناً أمشي في أزقتها — كأنني مصحف في بيت زنديق .

ومما ينسب إليه [٢] :

وقائله لو كان ودك صادقاً — لبغداد لم ترحل فكان جوابيا

يقيم الرجال الموسرون بأرضهم — وترمى النوي بالمقترين المراميا

وما هجروا أوطانهم عن ملالة — ولا كن حذارا من شمات الأعاديا

وقال [٣] :

متى يصل العطاش إلى ارتواء — إذا سقت البحار من الركايا

ومن يثني الأصاغر عن مراد — وقد جلس الأكابر في الزوايا

وإن ترفع الوضعاء يوما — على الرفعاء من إحدى الرزايا

إذا استوت الأسافل والأعالي — فقد طابت منادمة المنايا

ومن شعره أيضاً [٤] :

طلبت المستقر بكل أرض — فلم أر لي بأرض مستقراً

ونلت من الزمان ونال مني — فكان مناله حلواً ومراً

أطعت مطامعي فاستعبدتني — فلو أني قنعت لكنت حراً

---

(١) انظر : ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، الديباج المذهب: ٢/٢٨ ، الوفيات ص ٢٢٢
(٢) انظر : ترتيب المدارك : ٧/٢٢٢ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤١ ، الوفيات ص ٢٢٠ .
(٣) انظر : الوفيات ص ٢٢١ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٣ .
(٤) انظر : الديباج المذهب : ٢/٢٨ .

وأنشد في المسكرات أبياتاً يرد فيها على ما أشيع أنها تزيد في الشجاعة والمسرة وقوة النفس والميل إلى البطش فقال [1] :

زعـم المدامـة شـاربوها أنهـا تنفـي الهـموم وتصـرف الغما

صدقوا سرت بعقولهم فتوهموا أن السـرور لهـم بهـا تـما

سـلبتهم أديانهـم وعقـولهم أرأيـت عـادم ذيـن مغتـما

ولما نظم المعري البيت الذي شكك به على الشريعة في الفرق بين الدية والقطع في السرقة وهو :

يد خمس مئين بمسجد وديت ما بالها قطـعت في ربع دينار

أجاب القاضي عبد الوهاب المالكي - رضي الله عنه بقوله :

وقايه النفس أغلاها ، وأرخصها وقـاية المال فافهم حكـمة الباري

وهو جواب بديع معناه أن اليد لو كانت تودي بما تقطع فيه أو بما يقاربه لكثرت الجنايات على الأطراف لسهولة الغرامة فغلظ ذلك حفظاً لها . . » [2] .

أقول : وأيضاً لو لم تقطع الأيدي في ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، بل قطعت في قيمة ديتها وهو خمسمائة دينار أو ستة آلاف درهم لكثرت الجنايات على الأموال دون هذا القدر ، فسبحان الحليم الخبير .

* * *

● **عقيدته** :

كان القاضي عبد الوهاب من أهل السُّنَّة ، ولقد شهد بذلك ابن القيم وأستاذه شيخ الإسلام ابن تيمية ، فقد قال عنه ابن القيم : « قول القاضي عبد الوهاب

---

(١) ذكر هذه الأبيات القرافي في كتابه « الفروق » - الفرق الأربعون : ١/ ٢١٧ .

(٢) من كتاب « القواعد » لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحضني (ت ٨٢٩ هـ) ، مخطوط ، الورقة ١٩ ، وقد حققه الأستاذ عبد الرحمن الشعلان بجامعة الإمام بن سعود الإسلامية عام ١٤٠٤ هـ - ١٤٠٥ هـ

إمام المالكية بالعراق من كبار أهل السُّنَّة - رحمهم الله تعالى - صرح بأن الله سبحانه استوى على عرشه بذاته نقله شيخ الإسلام عنه في غير موضع من كتبه ونقله عنه القرطبي في شرح الأسماء الحسنى »[1] .

وقال ابن تيمية في ذلك : « .. قال أبو بكر محمد بن الحسن الحضرمي القيرواني الذي له الرسالة التي سماها برسالة « الإيماء إلى مسألة الاستواء » لما ذكر اختلاف المتأخرين في الاستواء ، وذكر أقوالاً متعددة قول الطبري أبي جعفر محمد بن جرير صاحب التفسير ، وأبي محمد بن زيد ، والقاضي عبد الوهاب وجماعة من شيوخ الحديث والفقه ، قال وهو ظاهر بعض كتب القاضي أبي بكر وأبي الحسن - يعني الأشعري - نصاً وهو أنه سبحانه وتعالى مستو على عرشه بذاته ، قال : وأطلقوا القول في بعض الأماكن « فوق » عرشه ، قال أبو بكر الحضرمي وهو الصحيح الذي أقول به من غير تحديد ولا تمكن في مكانه ولا يكون فيه ولا مماسة . . . » اهـ[2] .

* * *

● **وفـــاته :**

إقامة القاضي عبد الوهاب بمصر لم تطل ، فقد مات بعد مقدمة إليها بقليل. وكان ذلك سنة اثنتين وعشرين وأربعمائة (٤٢٢ هـ) ، وأكثر المؤرخين على أنه مات في شهر شعبان[3] ، وقيل : إن وفاته كانت ليلة الاثنين الرابع عشر من صفر[4] .

---

(١) اجتماع الجيوش الإسلامية على غزو المعطلة والجهمية - لابن قيم الجوزية ص ٥٨ .

(٢) بيان تلبيس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية - أو نقص تأسيس الجهمية - لأبي العباس شيخ الإسلام أحمد بن تيمية : ٢/ ٣٣٣ .

(٣) تاريخ بغداد : ١١/ ٣٢ ، ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٦ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤٢ شجرة النور الزكية ص ١٠٤ .

(٤) شذرات الذهب : ٣/ ٢٢٤ ، مرآة الجنان : ٣/ ٤١ ، سير أعلام النبلاء : ١٧/ ٤٢٩.

وسبب وفاته أنه مرض من أكلة اشتهاها فذكر أنه كان يتقلب ويقول : لا إله إلا الله ، عندما عشنا متنا [١] .

ودفن بالقرافة وقبره قريب من قبر الإمام الشافعي وابن القاسم وأشهب [٢] ، وقيل : إن سنه كان حين مات ثلاثاً وسبعين سنة [٣] ، والراجح أنه مات وعمره ستون عاماً [٤] .

وقد قال عند احتضاره للأمير الذي أعانه على مطالبه : « ... جزاؤك عندي أن أشكرك عند ربي بعد موتي » [٥] .

* * *

---

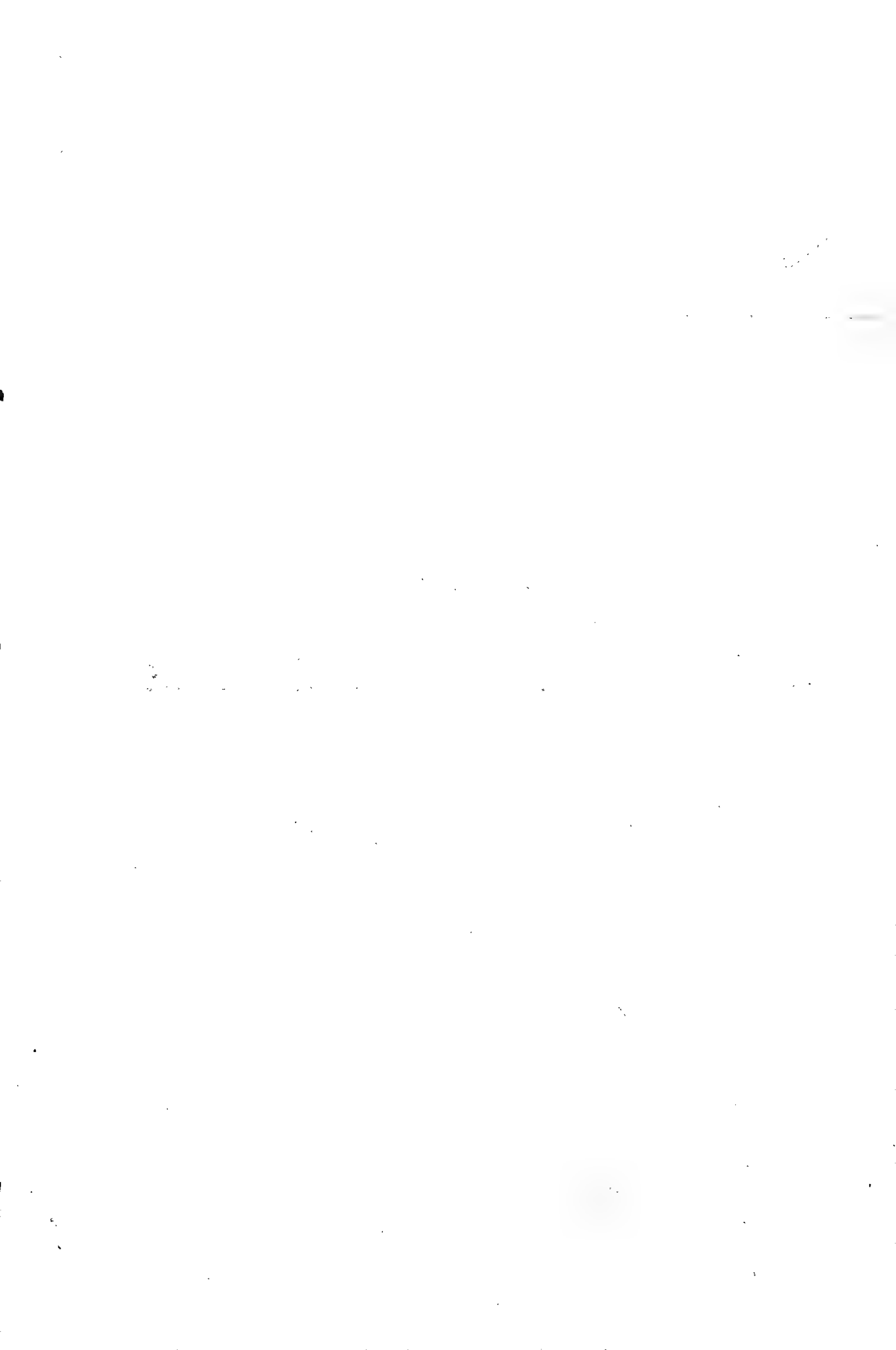
(١) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٧ .

(٢) شذرات الذهب : ٣/ ٢٢٤ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٤ .

(٣) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٧ .

(٤) انظر : تاريخ بغداد : ١١/ ٣٢ ، تاريخ قضاة الأندلس ص ٤٢ ، ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٦ ، شذرات الذهب : ٣/ ٢٢٤ ، سير أعلام النبلاء : ١٧/ ٤٢٩ ، انظر الوفيات - لابن قنفد ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٥) الوفيات - لابن قنفد القسنطيني ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .



الفصل الثاني

كتاب « المعونة » على مذهب عالم المدينة

الفصـــل الثاني

دراسة عن كتاب « المعونة » ، ويشتمل على مقدمة ومبحثين :

● مقـــدمة :

لمحة موجزة عن تاريخ المذهب المالكي في العراق - مميزات مدرسة المالكية بالعراق .

المبحث الأول :

كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

أولاً : توثيق كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة .

ثانياً : سبب تأليف الكتاب .

ثالثاً : قيمة كتاب « المعونة » العلمية .

رابعاً : مكانة كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

خامساً : مصادر كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

سادساً : محتويات كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

سابعاً : أسلوب ومنهج كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

ثامناً : منهجه في الاستدلال على الفروع الفقهية .

تاسعاً : شروح كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

عاشراً : نقد كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

* * *

المبحث الثاني :

القواعد الأصولية ، والفقهية ، والمسائل المستدل فيها بعمل أهل المدينة من خلال كتاب « المعونة » .

أولاً : القواعد الأصولية التي احتواها كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة».

ثانياً : القواعد الفقهية التي احتواها كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة».

ثالثاً : المسائل الفقهية التي استدل فيها القاضي عبد الوهاب بعمل أهل المدينة.

مقـــــدمة

● لمحة عن تاريخ المذهب المالكي في العراق :

أسس المذهب المالكي الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الذي ولد بالمدينة المنورة عام ٩٣ هـ ، وعاش بها ، أخذ العلم عن ربيعة الرأي (ت ١٣٦ هـ) ، والزهري (١٢٤ هـ) ، ونافع (ت ١١٧ هـ) ، وابن هرمز (ت ١٤٨ هـ) ، وغيرهم .

اشتهر بالورع والتقوى ، كما اشتهر بالضبط والعدالة ، قال الشافعي : « إذا ذكر العلماء فمالك النجم ، وما أحد أمن عليّ في علم الله من مالك بن أنس»[(١)] ، حاز الإمامة في الفقه والحديث ، وقد خدم العلم خدمة عظيمة بتأليفه كتاب « الموطأ » .

ولقد بُنِيَ مذهبه على أصول هي :

القرآن والسُّنَّة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة ، وسد الذرائع والمصالح المرسلة والاستصحاب والعرف [(٢)] .

---

(١) انظر في ترجمة الإمام مالك : الانتقاء - لابن عبد البر ص ٨ ، الديباج المذهب : ١١/١ ، ترتيب المدارك : ١٠٢/١ ، شجرة النور الزكية ص ٥٢ ، شذرات الذهب : ١٢/٢ - ١٥ ، سير أعلام النبلاء : ٤٨/٨ .

(٢) في أصول مذهب مالك راجع المصادر التالية :

شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٥ .

الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٣٨٣/١ ، ٣٨٥ ، مالك - لأبي زهرة ص ٣٧٦ .

الفتح المبين في طبقات الأصوليين : ١١٧/١ .

تاريخ التشريع الإسلامي - للخضري ص ١٤٨ ، ترتيب المدارك : ٨٩/١ .

وكان له عدد كبير من التلاميذ والأصحاب انتشروا في شتى بلاد العالَم الإسلامي في مصر وإفريقيا والأندلس والعراق .

ففي مصر كابن القاسم (١٩١ هـ) ، وأشهب (٢٠٤ هـ) ، وفي إفريقيا أسد بن الفرات (٢١٤ هـ) ، وفي الأندلس يحيى بن يحيى الليثي (٢٢٤ هـ).

أما في العراق فقد نشر مذهبه من أتباعه :

١ - عبد الرحمن بن مهدي بن حسان العنبري (١٨٦ هـ) .

٢ - عبد الله بن مسلمة بن قعنب التميمي الحارثي (٢٢٠ هـ) .

فعن هؤلاء العلماء بدأ انتشار المذهب المالكي في العراق وتفقه عليهم جماعة من كبار المالكية مثل : أحمد بن المعذل بن غيلان بن الحكم ، وهو من أصحاب ابن الماجشون (٢١٤ هـ) ، ومحمد بن مسلمة (٢١٦ هـ) ، وعنه أخذ أولاد بني حماد ، وبنو حماد أسرة علم وغنى ، أصلها من فارس تحولت إلى بغداد ، وكانت قريبة إلى الخليفة المأمون ، وكانت هذه العلاقة سبباً لزيادة انتشار المذهب المالكي في بغداد ، وأشهر علماء هذه الأسرة هو القاضي إسماعيل بن حماد (٢٨٢ هـ) ، صاحب كتاب « المبسوطة » الذي ذاع صيته في العراق وخارجها تولى القضاء ، وكان هو المؤسس الحقيقي لمدرسة المالكية ببغداد، فقد ساهم بالقسط الأوفر في انتشار وازدهار المذهب هناك [١] .

ثم جاء بعده إبراهيم بن حماد بن إسحق (٣٢٣ هـ) ، والقاضي عمرو أبو الفرج الليثي البغدادي (٣٣٠ هـ) ، صاحب كتاب « اللمع في أصول الفقه »، وهما من أساتذة أبي بكر الأبهري (٣٩٥ هـ) ، الذي بذل كل ما في وسعه لتدريس ونشر المذهب المالكي ومواصلة الطريق الذي ابتدأه العلماء السابقون له ، فلقد كان للأبهري ولابن الجلاب (٣٧٨ هـ) ، وابن القصار (٣٩٨ هـ) ، والباقلاني (٤٠٣ هـ) ، وآخرهم شيخنا القاضي عبد الوهاب الذي تتلمذ وأخذ

---

(١) انظر ترجمته في : الديباج المذهب : ١/ ٢٨٢ ، سير أعلام النبلاء : ١٣/ ٣٤٠ ، شذرات الذهب : ٢/ ١٧٨ .

المذهب عنهم فلقد كان لهم الفضل في تقويم وتثبيت وتأصيل أركان المذهب المالكي في العراق ، كما ساهموا وغيرهم من العلماء في الحجاز ومصر وإفريقيا والمغرب والأندلس في حمل راية المذهب وتعزيزه بعلمهم وبمؤلفاتهم حتى قيل : « .. لولا الشيخان والمحمدان والقاضيان لذهب المذهب المالكي ، فالشيخان ابن أبي زيد وأبو بكر الأبهري ، والمحمدان محمد بن سحنون ومحمد بن المواز والقاضيان أبو محمد عبد الوهاب وأبو الحسن بن القصار البغداديان »[1] والأخوان : ابن الماجشون ومطرف والقرينان : أشهب ، وابن نافع .

لكن ما حل القرن الخامس حتى استفحل النزاع بين المذاهب الفقهية : ولما قويت شوكة الشافعية في العراق شنوا حرباً على كل المذاهب الأخرى فتقربوا إلى الخليفة بواسطة رئيسهم أبي حامد الإسفراييني (٤٠٦ هـ) لإزاحة المالكية من المناصب العامة[2] .

ولعل هذا من الأسباب التي جعلت آخر علماء المالكية الكبار ببغداد وهو شيخنا القاضي عبد الوهاب يضطر إلى الهجرة من بغداد إلى مصر وهو ما لقيه من الشافعية من عنت وحرج[3] .

ومن هنا بدأ المذهب المالكي يضعف في العراق ولم يظهر بها إلا نادرا بعد أن انتقلت الريادة إلى الشافعية والحنابلة والحنفية[4] .

* * *

(١) انظر : ترتيب الدارك : ٥٣/١ ، الفكر السامي ، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي ص ٢٠ - ٢١ ، الديباج المذهب : ٦٥/١ - ٨١ .

(٢) شذرات الذهب : ١٧٨/٣ ، سير أعلام النبلاء : ١٩٥/١٧ .

(٣) انظر : ترتيب المدارك : ٢٢٢/٧ .

(٤) ترتب المدارك : ٥٣/١ ، ومحاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي ص ٢١ .

● **مميزات مدرسة المالكية بالعراق [1] :**

امتاز علماء المذهب المالكي بالعراق عن غيرهم من المغاربة والمصريين بسعة الاطلاع على علماء ومؤلفات وكتب المذاهب الأخرى والاقتباس من طرقها وأساليبها ، كما أنهم أشاعوا قواعد المذهب على غرار الأصوليين الأحناف والشافعية ، وكانوا بذلك هم السباقون ، ودرسوا المذهب المالكي بالمقارنة مع المذاهب الأخرى ويتضح هذا مما خلفوه من تراث فقهي مثل كتاب « عيون الأدلة» لابن القصار ، والممهد والنصرة والإشراف - وهي ثلاثة كتب للقاضي عبد الوهاب - كما اعتمدت مدرسة العراق في دراسة الفقه على الفقه الفرضي والتقديري ، وتوسعوا في العمل بالرأي والقياس في تقرير الأحكام ، ولقد اختلف هذا عن منهج المغاربة الذي كان يعتمد على نقل النصوص والتحقق من نسبتها إلي السابقين ، كما ازدهر فن القواعد الفقهية في العراق على أيدي الأحناف والشافعية والمالكية ، ومنهم القاضي عبد الوهاب - كما سوف نلحظ ذلك من خلال حصرنا لمجموع القواعد المذكورة في هذا الكتاب - ولم يعتن المغاربة والمصريون من المالكية به إلا بعد عصر القاضي عبد الوهاب .

وتميزت طريقتهم في دراسة المدونة السحنونية عن طريقة نظرائهم من فقهاء إفريقية المالكيين ، وقد تحدث المقري (٧٥٨ هـ) عن الطريقتين وسماهما الاصطلاحين وقال [2] : « . . . أهل العراق جعلوا في مصطلحهم مسائل المدونة كالأساس ، وبنوا عليها فصول المذهب بالأدلة والقياس ، ولم يعرجوا على الكتاب بتصحيح الروايات ، ومناقشة الألفاظ ، ودأبهم القصد إلى إفراد المسائل وتحرير الدلائل ، على رسم الجدليين وأهل النظر من الأصوليين ، وأما الاصطلاح القروي فهو البحث عن ألفاظ الكتاب ، وتحقيق ما احتوت عليه

---

(١) انظر : مقدمة تحقيق كتاب « التفريع » (١/ ٩٥ - ٩٦) للتحقيق حسين الدهماني .
الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي : ١٠٢/٢ .

(٢) مقدمة تحقيق كتاب « الفروق الفقهية » - لأبي الفضل الدمشقي ص ٢٣ .

بواطن الأبواب ، وتصحيح الروايات ، وبيان وجوه الاحتمالات ، والتنبيه على ما في الكلام من اضطراب الجواب ، واختلاف المقالات ، مع ما انضاف إلى ذلك من تتبع الآثار ، وترتيب أساليب الأخبار ، وضبط الحروف على حسب ما وقع في السماع وافق ذلك عوامل الإعراب أو خالفها [(١)] .

* * *

● **علاقة المالكية بالعراق بنظرائهم في المغرب والأندلس [(٢)] :**

لكن بعد ظهور طريقة العراق ومدرسته ، بدأ العلماء في المغرب في تطوير منهجهم ، وذلك بمزج أسلوبهم مع أسلوب أهل العراق في تفريع المسائل بالفرض والتقدير .

وكان هذا طبيعياً للعلاقة الوطيدة التي نشأت بين أعلام المدرسة المالكية بالعراق وبين أعلام المدارس المالكية الأخرى .

فهم يتبادلون الأجازات العلمية والكتب العلمية الفقهية ، ويجرون الحوارات في المسائل والنوازل ، ويثيرون النقاش تارة بصفة مباشرة ، وتارة بواسطة المكاتبة أو التأليف ، ومن ذلك الحوار العلمي الذي دار في قضية إثبات الكرامات ، ومناقشة ابن أبي زيد في موضوعها ، وقد أسهم فيه أبو بكر الباقلاني بتأليف[(٣)] .

وقد وجد تلاميذ من المغرب والأندلس للعراقيين أمثال الأبهري والقاضيان : عبد الوهاب ، وابن القصار .

كما اهتم العراقيون بشرح مؤلفات المغاربة كما رأينا شروح القاضي عبد الوهاب لمؤلفات الشيخ ابن أبي زيد القيرواني .

* * *

---

(١) أزهار الرياض : ٣/ ٢٢ .

(٢) انظر : مقدمة تحقيق الفروق الفقهية -للمحققان : أبو الأجفان وأبو فارس ص ٢٣ - ٢٥ .

(٣) ترتيب المدارك : ٦/ ٢١٩ .

المبحث الأول

كتاب « المعونة » على مذهب عالم المدينة

● توثيق كتاب « المعونة » :

إن جل المترجمين للقاضي عبد الوهاب والذين تعرضوا لكتاب « المعونة » إنما ينسبونه للقاضي عبد الوهاب ولم ينسبه أحد إلى غيره ، فالإجماع إذاً حاصل على نسبة كتاب « المعونة » إلى مؤلفه القاضي عبد الوهاب [1] .

كما أن كثرة النقول عن « المعونة » توثق لنا الكتاب ونسبته إلى مؤلفه ، فكبار فقهاء المالكية يكثرون النقل عنه كابن رشد وابن فرحون والقرافي والحطاب والونشريسي وغيرهم من أئمة المالكية ، ودائماً تكون هذه النقول مصدرة في كتب المذهب بقول مؤلفيها ، كما قال القاضي عبد الوهاب في المعونة ، وأحياناً يجعلون ما ينقلونه سبباً للترجيح في المسائل الخلافية [2] .

أما اسم الكتاب فكذلك أجمع المترجون على أن اسمه : « المعونة على مذهب عالم المدينة » .

وهذا ما وجدته مكتوباً على أول صفحات نسخ المخطوط الثلاث .

---

(١) انظر الكتب التالية التي ذكرت كتاب « المعونة » :

ترتيب المدارك : ٢٢٢/٧ ، الفهرست - لابن النديم ص ( ) ، الديباج المذهب : ٢٧/٢ ، الوفيات : ٢١٩/٣ ، تاريخ قضاه الأندلس ص ٤١ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٤ ، الوفيات - لابن قنفذ القسنطيني ص ٢٣٣ ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي : ٢٠٤/٢ .

(٢) راجع فصل مكانة كتاب « المعونة » ، حيث ذكرنا فيه نماذج لبعض الكتب التي نقلت عنه .

وقال القاضي عياض : « كتاب المعونة لدرس مذهب عالم المدينة »[1] .

وبعضهم يطلق عليه : « المعونة » فقط .

وهناك من أخطأ وقال : « المعونة في شرح الرسالة »[1] ، والصحيح أن «المعونة » كتاب مستقل ، وشرح الرسالة كتاب آخر مستقل أيضاً ، فلعل واو العطف انقلبت إلى حرف الجر « في » ، فبدلاً من أن تُقرأ « المعونة وشرح الرسالة » صارت « المعونة في شرح الرسالة » . والله أعلم .

* * *

● سبب تأليفه الكتاب :

من مقدمة الكتاب نستطيع معرفة السبب الذي جعل القاضي عبد الوهاب يؤلف كتابه « المعونة » .

فهو قد ألف كتابين قبله هما :

الأول : شرح لرسالة الإمام أبو محمد بن أبي زيد القيرواني ، **والثاني** : كتابه « الممهد » ، وهو شرح لمختصر المدونة وهو من تأليف الشيخ أبو محمد بن أبي زيد القيرواني أيضاً ، والكتابان يحتويان على بسط الأدلة والحجاج وعلى إشباع الكلام في مسائل الخلاف ، وكثرة المسائل والتفريعات واختلاف الوجوه والروايات .

فذكر أحد طلابه تعذر حفظ وضبط ذلك على المبتديء ، فطلب من شيخه القاضي عبد الوهاب عمل مختصر يكون سهل المحمل قريب المأخذ والحفظ ، يقتصر فيه على رؤوس المسائل ، فأجابه القاضي إلى ذلك ، وكذلك ليكون كتاب « المعونة » مدخلاً إلى ذينك الكتابين : « شرح الرسالة » ، و« الممهد » .

---

(١) ترتيب المدارك : ٧/ ٢٢٢ .

(٢) كما قال ذلك صاحب كشف الظنون : ٢/ ٧٤٣ ، وصاحب هدية العارفين : ١/ ٦٣٧ ، وفي معجم المؤلفين : ٦/ ٢٢٧ .

ويضاف إلى ما ذكره المصنف في المقدمة ، فإن الكتاب يعتبر دعامة للفقه المالكي من حيث التدليل والتوجيه والتعليل ، وهذا المعنى يستنبط من تسميته «المعونة على مذهب عالم المدينة » ، ومن مادته التي اشتمل عليها الكتاب .

* * *

● قيمة كتاب « المعونة » العلمية :

لهذا الكتاب قيمة علمية كبيرة : فهو يعد مرجعاً مهماً في الفقه المالكي المدلل لأنه يمتاز بشموله على معظم المسائل والأحكام الفقهية في عبارة موجزة سهلة واحتواؤه الاستدلالات على فروع ومسائل المذهب المالكي - فقد شق على طلبة العلم البحث على أدلة لمسائل وفروع المذهب المالكي .

فالكتاب يحتوي على ألفين وسبعمائة وسبعة وستين (٢٧٦٧) فصل ، ومعظم الفصول يحتوي كل منها على عدد كبير من المسائل ولكل مسألة دليلها .

والاعتماد في الاستدلال على الكتاب والسُّنَّة وأخبار السَلَف والقياس والإجماع ، وهذا يدل على براعة القاضي عبد الوهاب الفائقة ، وعلى ملكته الفقهية الشاملة ، وإحاطته بكتاب الله وسُنَّة نبيه ﷺ حفظاً وفهماً .

احتواء الكتاب على أزيد من ألف حديث وأثر ، ومعظم هذه الأحاديث صحيح كما سوف يأتي بيان ذلك .

احتواء الكتاب على أقوال مالك - رحمه الله - وأقوال كبار علماء المذهب المالكي ، وعلاوة على جمعه لآراء وأقوال المذهب المالكي ، فإنه يشير إلى مذهب المخالفين من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية وغيرهم من الفقهاء مثل: داود وطاووس والحسن البصري ومحمد بن سيرين وقتادة والأوزاعي ومجاهد وربيعة وعثمان البتي والطبري وسفيان بن عيينة . . .

احتواء الكتاب على عدد كبير من القواعد الأصولية والفقهية والتي سوف يأتي ذكرها وحصرها ، ولذلك يكون القاضي عبد الوهاب أول المشاركين في تأسيس قواعد فقهية للمذهب المالكي كما سبق الإشارة إلى ذلك .

وكذلك كون هذا الكتاب مدخلاً لمن أراد الوقوف على شرحي المؤلف لمتني «الرسالة» و«المختصر» لابن أبي زيد كما صرح بذلك القاضي عبد الوهاب في مقدمة هذا الكتاب .

وإن كل هذه المميزات جعلت لكتاب «المعونة» قيمة علمية كبيرة ، فكانت الحاجة ماسة لتحقيقه وإخراجه إلى النور ليستفاد منه وليقف طلبة العلم على هذا الكنز العظيم من تراثنا الفقهي .

* * *

● مكانة كتاب «المعونة على مذهب عالم المدينة» :

لقد كانت «للمعونة» مكانة عظيمة بين كتب المذهب المالكي : وتظهر هذه المكانة في تأثيره فيمن جاء بعده ، فلا يخلو كتاب من مؤلفات المتأخرين إلا ويذكره وينقل عنه ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عظم هذا الكتاب وفوائده الجمة وعلى قيمته العلمية التي سبق الإشارة إليها .

وفيما يلي ذكر ونماذج لبعض الكتب التي اعتمدت كتاب «المعونة» في النقل عنه ، وأما الكتب التي نقلت آراء القاضي عبد الوهاب جملة ، فهي كثيرة جداً لا يسعنا حصرها ولا داعي لذكرها :

١ - فتاوي ابن رشد :

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد - الجد - القرطبي المالكي (ت٥٢٠ هـ) ، فمما جاء في الجزء الأول قوله : «.. قال عبد الوهاب في المعونة : إن ذلك لبقائها على النجاسة وذلك بعيد ، إلا أن يريد ببقائها على حكم النجاسة في الأكل خاصة ، فيكون لذلك وجه وهو القياس على رفع النجاسة من الثوب بما عدا الماء من المائعات لزوال العين وبقاء الحكم في الصلاة خاصة»[1] .

---

(١) فتاوي ابن رشد : ١/ ٤٣٤ .

٢ - المقدمات الممهدات :

لابن رشد - الجد - كذلك . فقد نقل عن المعونة قوله : « وقد ذكر عن النبي ﷺ في كتاب الجامع من المعونة أنه قال : الحمام بيت لا يستتر فيه لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر . . . » (١) .

وجاء في موضع آخر له : « . . . وروي عنه أنه مرّ به حمار قد كوي في وجهه فعاب ذلك ، حكى ذلك عبد الوهاب في المعونة » (٢) .

٣ - البيان والتحصيل :

لابن رشد - الجد - أيضاً . ذكر المعونة في الأجزاء والصفحات التالية :

(٤/٣٦٦ ، ١٢/١٩٩ ، ٢٠١ ، ١٤/١٧ ، ١٤٨ ، ٣٠١ ، ٣٨٤ ، ١٥/٤٣٦ ، ١٦/٢٩٠ ، ٢٩١) .

٤ - الفروق :

لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤ هـ) .

قال القرافي : « . . وعن التاسع أنه يحكم فيه بالعلم نفياً للتسلسل لأنه يحتاج إلى بينة تشهد بالجرح أو التعديل وتحتاج البينة بينة أخرى إلا أن يقبل بعلمه بخلاف صورة النزاع مع أن القاضي قال في المعونة : قد قيل هذا ليس حكماً وإلا يتمكن غيره من نقضه بل لغيره ترك شهادته وتفسيقه ، وإذا لم يكن حكماً لا يقاس عليها . . » (٣) .

وفي موضع آخر من الكتاب نفسه (٣/ ١٥٢) .

٥ - تبصرة الحكام :

لأبي إسحق إبراهيم عليّ بن فرحون (ت ٧٩٩ هـ) .

---

(١) المقدمات : ٤٣٦٣ .

(٢) المصدّر السابق : ٣/ ٤٧٢ .

(٣) الفروق : ٤/ ٤٧ .

قال ابن فرحون : « .. ورجح القاضي عبد الوهاب قول أشهب في المعونة بأن الراهن رضي بأمانته »[1] .

وقال في موضع آخر : « وفي المعونة للقاضي عبد الوهاب إذا كان لرجل على رجل من بينه فطالب المدعي كان للمدعي عليه أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود منها »[2] .

٦ - **إرشاد اللبيب إلى مقاصد حديث الحبيب :**

لمؤلفه محمد بن أحمد بن عليّ بن غازي (ت ٩١٩ هـ) .

فلقد جاء فيه : « .. ولا خلاف عند أهل المذهب أنه لا فرق بين الأموال والفروج ، ولذلك أطلق القاضي عبد الوهاب في المعونة .. »[3] .

٧ - **مواهب الجليل :**

لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤ هـ) المعونة أحد الكتب التي اعتمد عليها الحطاب في شرحه لمختصر خليل فلقد جاء في مقدمة الكتاب : « .. وقد عد القاضي عياض في المدارك بالترجيح مذهب مالك وبيان الحُجَّة في وجوب تقليده ، ورجح ذلك من طريق النقل والعقل والاعتبار فلينظر ذلك فيه ، وذكر القاضي عبد الوهاب في آخر المعونة شيئاً من ذلك .. »[4] .

وقال أيضاً في موضع آخر : « .. وصرح القاضي في المعونة بأنه إذا فقد شرط منها لا يسمى متمتعاً قال : لأن أصل التمتع الجمع بين العُمْرة والحج في سفر واحد .. »[5] .

---

(١) تبصرة الحكام : ٢/ ٦٠ .

(٢) نفس المصدر : ٢/ ٢٢٤ .

(٣) إرشاد اللبيب إلى مقاصد حديث الحبيب ص ٢٣ .

(٤) مواهب الجليل : ١/ ٢٦ .

(٥) المصدر نفسه : ٣/ ٥٩ .

والمواضع التي نقل فيها عن المعونة كثيرة جداً ولا يمكن ذكرها كلها في هذا المختصر .

٨ - التاج والإكليل :

ذكر المعونة في أكثر من موضع نذكر منها : ٥/٢٢٨ ، ٢٢٩ .

*** وممن نقلوا عن المعونة - أيضاً - :**

٩ - أبو الوليد الباجي (٤٧٤ هـ) في كتابه « المنتقي » (١/٤١ ، ٤/٢٢ ، ١٤٠ ، ٥/٢٠٣ ، ٤٧٩) .

١٠ - العلامة قاسم بن عيسى بن ناجي (٨٣٧ هـ) في شرحه للرسالة .

انظر الأجزاء والصفحات التالية : ٢/١٢٥ ، ٢/٢٠٢ ، ٢/٣٧٦ وغيرها.

١١ - والعلامة أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق (٨٩٩ هـ) في شرحه للرسالة . انظر على سبيل المثال : ٢/٣٧٥ .

١٢ - وأبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت ٩١٤ هـ) في كتابه «المعيار المعرب » في الأجزاء والصفحات التالية : ١/٢٤٨ ، ١٧١ ، ٢/٦٠ ، ١٠٩ ، ٥/٥ ، ٣٧٦ .

١٣ - وأبو عليّ الحسن بن رحال المعداني (ت ١١٤٠ هـ) في كتابه « كشف القناع عن تضمين الصناع » في الصفحة ٧٦ .

* * *

● مصادر الكتاب :

لم يذكر القاضي عبد الوهاب في كتابه « المعونة » سوى ثلاث كتب هي :

١ - الموطأ - للإمام مالك .

٢ - المدونة .

٣ - والمختصر الكبير - لمحمد بن عبد الحكم وهو من الكتب المعتمدة عن

فقهاء المالكية بالعراق ، فقد قال الأبهري : « .. قرأت مختصر ابن عبد الحكم خمسمائة مرة .. » [1] .

ولقد اعتمد القاضي عبد الوهاب في كتابه على إمام المذهب بالدرجة الأولى، فجعل أقواله هي أساس نقله ، ثم على أكبر أصحابه وتلاميذه ومن جاء بعدهم ، وفيما يلي ذكر لأهم الأعلام الذين نقل عنهم القاضي عبد الوهاب في كتابه «المعونة » :

- ابن القاسم (١٩١ هـ) .
- ابن نافع (١٨٦ هـ) .
- ابن وهب (١٩٧ هـ) .
- المغيرة (١٨٨ هـ) .
- أشهب (٢٠٤ هـ) .
- عبد الملك بن الماجسون (٢١٤ هـ) .
- محمد بن مسلمة (٢١٦ هـ) .
- مطرف (٢٢٠ هـ) .
- ابن حبيب (٢٣٨ هـ) .
- سحنون (٢٤٠ هـ) .
- ابن عبد الحكم (٢٦٨ هـ) .
- ابن المواز (٢٦٩ هـ) .
- إسماعيل بن إسحق (٢٨٢ هـ) .
- ابن بكير (٣٠٥ هـ) .

---

(١) ترتيب المدارك : ٦/

- أبو الفرج (٣٣١ هـ) .
- الأبهري (٣٧٥ هـ) .
- ابن الجلاب (٣٧٨ هـ) .

* * *

● **محتويات كتاب « المعونة » :**

« المعونة » كتاب جامع لفروع ومسائل الفقه المالكي من عبادات ومعاملات وجنايات وأقضية مع ذكر الأدلة لكل هذه الفروع والمسائل ، كما أنه يشير إلى رأي المخالفين مجرداً عن دليلهم :

وقد احتوى « المعونة » على (٢٧٦٧) فصل ، وكل فصل يحتوي على عدد كبير من الفروع والمسائل ، وفيما يلي ذكر لأسماء الكتب التي وردت في النسخة المعتمدة :

١ - كتاب الطهارة .
٢ - كتاب الصلاة .
٣ - كتاب الزكاة .
٤ - كتاب الصيام .
٥ - كتاب الاعتكاف .
٦ - كتاب المناسك .
٧ - كتاب الجهاد .
٨ - كتاب الأيمان والنذور .
٩ - كتاب الأضاحي .
١٠ - كتاب الذبائح .
١١ - كتاب النكاح .

١٢ - كتاب البيوع .

١٣ - كتاب الإجارات .

١٤ - كتاب القراض .

١٥ - كتاب المساقاة وكراء الأرض والمزارعة .

١٦ - كتاب الشركة .

١٧ - كتاب الرهون .

١٨ - كتاب الحجر .

١٩ - كتاب الصلح .

٢٠ - كتاب الحوالة .

٢١ - كتاب الوكالة .

٢٢ - كتاب الإقرار .

٢٣ - كتاب اللقطة .

٢٤ - كتاب الشفعة .

٢٥ - كتاب القسمة .

٢٦ - كتاب الجراح .

٢٧ - كتاب الحدود .

٢٨ - كتاب القطع .

٢٩ - كتاب العتق .

٣٠ - كتاب المكاتب .

٣١ - كتاب المدبر .

٣٢ - كتاب الأقضية والشهادات والدعاوي والبينات وما يتعلق بذلك .

٣٣ - كتاب الحبس والوقف والصدقة والعمرى والرقبى .

٣٤ - كتاب الوصية .

٣٥ - كتاب المواريث .

٣٦ - كتاب الجامع .

* * *

● أسلوب ومنهج كتاب « المعونة » :

سلك القاضي عبد الوهاب طريقة مثلى في تأليف كتاب « المعونة » ، فقد استوعب معظم أبواب ومسائل الفقه ، وشمل الكتاب الأقوال الصحيحة المشهورة في المذهب المالكي . وكان ذلك في تبويب وترتيب بديع ، وبعبارة رصينة وأسلوب علمي سهل ، بإيجاز غير مخل دقيق ومضبوط يعين القارىء على الفهم دون غموض أو تردد .

والكتاب وإن كان مختصراً كما صرح بذلك القاضي عبد الوهاب في مقدمة الكتاب وفي مواضع أخرى منه ، إلا أنه يعطي تنبيهات وقواعد يحصر بها الفروع الكثيرة فيغني ذلك عن الإسهاب والتطويل . فقد قال في أكثر من موضع :

« . . وفي قدر ما ذكرناه تنبيه على تفريع هذا الباب » (ص ٦٦٣) .

ويقول أيضاً : « . . . وعلى هذا تجري مسائل الباب . . » .

ويقول : « . . . وحصر هذا الباب : أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين ، فإن السلم فيها جائز » .

وقال أيضاً : « . . وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه على ما أهملناه » .

وفي كتاب الفرائض قال في أصول المسائل بعد أن أجمل أحكامها : « . . . ولا يحتمل المختصر بسط هذا الباب » .

كما أنه يجمل الأحكام في قواعد يسهل حفظها والوقوف على فروع الباب كلها ، فمما قاله : « .. وقاعدة هذا الباب : أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده ، وذلك كالحنطة والشعير والثمر والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول ، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافاً .. » .

ويقول القاضي عبد الوهاب : « وعقد هذا الباب : أنه إن تغير به فهو نجس قليلاً أو كثيراً ... » (ص ١٧٩) .

وجملة القواعد الفقهية التي سنذكرها مجملة تدل على هذا المعنى ، كما أن للقاضي عبد الوهاب طريقة خاصة في استنباط الأحكام والفوائد من الأحاديث التي يستدل بها ، فبعد أن يذكر نص الحديث يبدأ في ذكر مسائل يذكر فيها الأحكام والفوائد المنتقاه من الحديث ، ومثال ذلك :

فمما جاء في باب التصرية قوله : « .. ودليلنا على أنها عيب قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر » .

ففيه أدلة :

أحدها : أنه نهى عنه ، فدل على أنها تدليس .

والثاني : أنه أثبت للمبتاع الخيار .

والثالث : أنه أوجب عليه إذا ردها صاعاً من تمر . وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسطاً من الثمن .. وهكذا طريقته في استنباط الأحكام من الآيات والأحاديث التي يستدل بها .

أما منهجه في عرض المسائل فهو يأتي بجملة أحكام الباب مختصرة وموجزة ، ثم يعقد فصولاً تفصيلية مستقلة لفروع ومسائل ذلك الباب ، يدلل لها ويذكر شروطها وما يتعلق بها من أحكام وتدليل وتفريع ..

فمثلاً يذكر في كتاب القطع شروط قطع يد السارق وشروط وأوصاف السارق

التي يستوجب بها القطع ، ومقدار نصاب السرقة ، وبيان الحرز ، وغيرها . . . ، فإذا انتهى من عرض هذه الأحكام العامة المجملة ، بدأ يبسطها في فصول :

فيعقد فصلاً لدليل القطع من الكتاب والسّنَّة والإجماع والقياس .

ثم يذكر فصلاً في وجوب القطع .

ثم فصلاً آخر في دليل شروط النصاب .

ثم فصلاً في الدليل على مقدار النصاب .

ثم فصلاً في تعليل هذا المقدار من النصاب في الذهب والفضة .

ثم فصلاً في تقويم العروض بالذهب والفضة .

ثم فصلاً في تعليل اشتراط الحرز .

ثم فصلاً في تعليل تسوية أحكام السرقة بين الرجل والمرأة .

وهكذا على هذا المنوال يسير في عرض المسائل الفقهية في جميع أبواب الكتاب.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن للقاضي مصطلح في نسبة القول أو الأقوال الإمام مالك حيث يقول : وعنه في ذلك روايتان مثلاً ، فالمراد « بعنه » الإمام مالك رحمه الله .

* * *

● منهجه في الاستدلال :

لقد اتبع القاضي عبد الوهاب طريقة حسنة في تدليله على الأحكام ، فهو بعد أن يذكر الحكم في المسألة يبدأ في التدليل عليها أولاً من الكتاب ، فيذكر الآيات ووجه الاستدلال منها ، ثم الأحاديث النبوية والآثار الواردة عن الصحابة والتابعين ويشير إلى الإجماع إذا لم يكن هناك خلاف في المسألة ، ثم يستدل بالقياس ، ويستعمل أحياناً بعض الأدلة الشرعية الأخرى كإجماع أهل المدينة ، أو سد الذرائع أو المصالح وغيرها .

وفيما يلي بعض الأمثلة على ذلك :

فصـــــل :

وأما وجوب الوضوء من النوم فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا ﴾ ، قيل فيه : إذا قمتم من المضاجع ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « العينان وكاء السه فمن نام فليتوضأ » ، وقوله : « لكن من بول أو غائط أو نوم » ، ولأن الغالب منه أن الاستثقال فيه يؤدي إلى خروج الحدث ، فأجرى غالبه مجرى يقينه ، ولذلك علله صلى الله عليه وسلم حين قال : « فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله » ، ولأن النائم يخرج منه الريح غالباً ، ثم هو حال انتباهه لا يدري ما كان منه فنحن متى سوغنا له الصلاة بوضوء قبل النوم مع كوننا على غير ثقة من بقاء طهارته تلك كنا قد سوغنا له الصلاة محدثاً ، فكان الاحتياط أن يلزمه الوضوء ليصلي على ثقة من طهارته وارتفاع الحدث .

* ومثال آخر :

فصـــــل :

إذا ثبت أن الكفارة تجب بالعود فهي ثلاثة أنواع : إعتاق وصيام وإطعام ، وهي على الترتيب دون التخيير ، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة . . . ﴾ إلى قوله : ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ ، وكذلك في حديث أوس بن الصلت وسلمة بن صخر ، ولا خلاف فيه .

* ومثال أخير :

فصـــــل :

وإنما قلنا : إن حد المحصن الرجم لقوله تعالى : ﴿ أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ فقال صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » ، وقوله صلى

الله عليه وسلم : « واغدو يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ، وما روي من رجمه صلى الله عليه وسلم ماعزاً والغامدية ، وفي حديث عمر رضي الله عنه لولا أن يقال عمر زاد في كتاب الله لكتبت : « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة » ، وروي الرجم عن عمر وعثمان وعليّ رضوان الله عليهم قولاً وفعلاً ، ولا خلاف فيه ولا يلتفت إلى ما يحكي من الخوارج من نفيه .

* * *

● شروح كتاب المعونة :

لم أقف على شرح لكتاب « المعونة » ، لكني وقفت في ترجمة : مجد الدين البليسي (٧٧٩ هـ) على أنه ألف حاشية على المعونة .

فمما قاله ابن العماد : « ... وفيها مجد الدين محمد بن محمد بن إبراهيم البليسي الإسكندراني الأصل موقع الحكم سمع من الواني والمزي وغيرهما ، وتفقه بالمجد الزنكلوني وأخذ عن ابن هشام ، وعني بالحساب ، فكان رأساً فيه وفي الشروط ، وإليه انتهت معرفة السجلات وكان يوقع عن المالكية وينوب عن الحنفية ، ومن مصنفاته حاشية على المعونة وشرحه للوسيلة ، عاش ستين عاماً»(١) .

* * *

● نقد كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة » :

إن هذا الكتاب يعتبر نموذجاً فريداً في التأليف الفقهي عند المالكية ، لكن لم يمنع ذلك من وجود ما يدعو إلى الملاحظات - القليلة - التي جمعتها - حول هذا المؤلف العظيم ، وفيما يلي ذكر لهذه الملاحظات مع ضرب الأمثلة لها :

---

(١) شذرات الذهب : ٦/ ٢٦٠ - ٢٦٣ .

١ - وأولى هذه الملاحظات : الاحتجاج بالحديث الضعيف :

فقد جاء في قواعد المقري ما يلي :

« قاعدة ١٢١ :

حذر الناصحون من أحاديث الفقهاء وتحميلات الشيوخ وتخريجات المتفقهين وإجماعات المحدثين ، وقال بعضهم : احذر أحاديث عبد الوهاب والغزالي وإجماعات ابن عبد البر ، واتفاقات ابن رشد ، واحتمالات الباجي واختلافات اللخمي . .

وقال لي العلامة أبو موسى بن الإمام : قال لي جلال الدين القزويني : ما أحسن فقه قاضيكم لولا ما يحتاج به من الحديث الضعيف .

فقلت : شيخكم أكثر احتجاجاً به . . يعنيان أبا محمد وأبا حامد »[١] .

والذي ثبت لي من خلال تخريجي لأحاديث الكتاب : أن نسبة الضعيف فيها قليلة جداً إذا ما قورنت بالأحاديث الصحيحة المستشهد بها من الصحيحين أو السنن الصحيحة .

٢ - استدلاله ببعض الأحاديث في غير موضعها :

ومثاله : في استدلاله على نهي عن حلق الشارب لقوله : « . . . وأما حلقه فمنهي عنه ، هذا مذهب أكثر أهل العلم ، وعلماء المدينة ، ومروي عن جمهور الصحابة ، وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى استحبابه ، وإنما قلنا ذلك لقوله (صلى الله عليه وسلم) : « ليس منا من حلق » .

والاستدلال بهذا الخبر في هذه المسألة في غير ما ورد فيه ، وذلك لأنه وارد في النياحة كما نبه إليه الحافظ ابن حجر[٢] .

---

(١) القواعد - للمقري: ١/ ٣٤٩ - ٣٥١ (تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد).

(٢) فتح الباري : ١٠/٣٤٨ .

٣ - كثرة ذكره للأحاديث بالمعنى وتغييره للألفاظ ، مما أرهقنا في تخريجها :

ومثاله : ذكره حديث : « خير الأضحية الكبش » والحديث في الترمذي بلفظ : « نعمة الأضحية الكبش » .

وذكره حديث : « حق المسلم على المسلم ثلاث » ، والحديث في الصحيحين بلفظ : « حق المسلم على المسلم ست » .

٤ - ذكره لفصل « جواز الشرب قائماً » ، وكرره ثانية مع تغيير طفيف في الاستدلال وفي التعبير .

٥ - توسعه في بعض الأبواب والفصول واختصار بعضها الآخر ، فقد توسع كثيراً في باب الشهادات مثلاً - واختصر أبواب كتاب النكاح والطلاق والبيوع . .

٦ - التعريفات الأصولية التي ذكرها في كتاب « الجامع » وهو آخر كتب « المعونة » ، وقد كان في حق التصنيف أن يكون الابتداء أولى له من الخاتمة ، ولكن عذره فيه لما صرح به : هو أن تجدد هذا الرأي بعد خروج نسخ من الكتاب فكره إفسادها بالاختلاف .

* * *

مقارنة بين كتاب « المعونة » وكتاب « الذخيرة »

الفصل الثاني : في حكمها :

في الجواهر ، قال القاضيان ابن القصار وعبد الوهاب : المذهب كله على وجوب الإزالة ، وإنما الخلاف في إعادة من صلى بها بناء على كونها شرطاً في الصلاة أم لا .

وقال المازري : وقع الاتفاق على تأثيم المصلي بها ، ومعنى قول بعض العلماء : إنها سُنَّة أن حكمها علم بالسُّنَّة ، وقال القاضي أيضاً في شرح الرسالة وجماعة : هي سُنَّة والخلاف في إعادة من صلى بها مبني على الخلاف فيمن ترك السنن متعمداً .

واللخمي وغيره من المتأخرين المغاربة يقولون : في المذهب ثلاثة أقوال :

الوجوب : وهو رواية ابن وهب لإلزامه الإعادة بعد الوقت ناسياً أو عامداً .

والاستحباب لأشهب لاستحبابه الإعادة في الوقت عامداً أو ناسياً .

والوجوب مع الذكر والقدرة دون النسيان والعجز وهو ظاهر الكتاب لإيجابه الإعادة على غير المعذور بعد الوقت وأمر المعذور بالإعادة في الوقت (انتهى من الصفحة ١٨٦ من كتاب الذخيرة) .

أما في « المعونة » ، فقد قال القاضي عبد الوهاب في نفس الموضوع :

فصل : [حكم إزالة النجاسة] :

اختلف أصحابنا في إزالة النجاسة هل هي واجبة وجوب السنن المؤكدة أو وجوب الفرائض : وفائدة ذلك تتصور في منع تعمد الصلاة بها مع القدرة على إزالتها ، وإذا قيل : إنها سُنَّة مؤكدة فلأن الاتفاق حاصل على جواز الصلاة مع اليسير من جنسها كدم البراغيث وغيره .

وعند أبي حنيفة بقدر الدرهم من سائر النجاسات ، ولو كانت فرضاً لم تجز الصلاة مع الشيء منها كالطهارة من الحدث ، وإذا قيل : إنها فريضة فللإجماع على منع تعمد الصلاة بها ، وذلك يفيد كونها فرضاً كالطهارة من الحدث ، فإذا ثبت هذا فعلى القول بأنها سُنَّة يأثم ولا إعادة عليه ، وعلى القول الآخر بأنها فريضة لا يجزيه وعليه الإعادة .

فصـــــل :

وعلى كلا الوجهين إن صلى بها ناسياً أو ذاكراً ، ولكن لا يقدر على إزالتها فصلاتها جائزة لما روي أن رسول الله - ﷺ - خلع نعليه في الصلاة فخلع الناس نعالهم ، فلم فرغ قال لهم : « لما خلعتم نعالكم » فقالوا : رأيناك خلعتها، فقال : « إن جبريل أخبرني أن فيها قذراً وروي نجساً » ، ولم يعد الصلاة ولا أمرهم بإعادتها ولا قطعها ، بل مضى عليها .

وقال القرافي في موضع آخر :

من الثامنة : القهقهة لا توجب الوضوء خلافاً لأبي حنيفة لأنها لا توجبه خارج الصلاة فلا توجبه داخلها قياساً على العطاس والسعال ، أو نقول لو أوجبته داخل الصلاة لأوجبته خارج الصلاج قياساً على الريح .

وأما ما يروى عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه كان يصلي بأصحابه فدخل رجل في بصره سوء فتردى في حفيرة كانت في المسجد فضحك طوائف منهم ، فلما قضى - عليه الصلاة والسلام - أمر كل من كان منهم ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة .

فقال عبد الحق : لا يصح من أحاديث هذا الباب شيء ولو سلمنا صحتها فهي قضية عين يحتمل أن بعضهم خرج منه ريح فأراد - عليه الصلاة والسلام - ستره بذلك (انتهى من الصفحة ٢٣٠ من كتاب الذخيرة) .

وأما في المعونة فقد قال القاضي عبد الوهاب :

فصل : [الوضوء من القهقهة] :

ولا وضوء من القهقهة في صلاة ولا غيرها خلافاً لأبي حنيفة لأن كل ما لم يكن حدثاً في غير الصلاة لم يكن حدثاً في أصل الصلاة كالكلام ، ولأنها صلاة شرعية فلم تنتقض بالقهقهة أصله صلاة الجنازة .

فمن خلال هذه المقارنة السريعة نلاحظ أن كتاب الذخيرة يمتاز بتفصيل أكثر المراد في المذهب في بعض الأحكام وزيادة أدلة ومناقشة لأقوال وآراء المخالفين ، وهذا شأن المتأخرين الذين استفادوا مما خلفه المتقدمين وزادوا عليه ونقحوه .

* * *

المبحث الثاني

(أ) القواعد والمسائل الأصولية المذكورة في كتاب « المعونة » :

* إجماع أهل المدينة لا يعارض بأحاديث الآحاد، وهو أولى من خبر الآحاد.

* النهي يدل على فساد المنهي عنه .

* الشرط لا يتأخر عن المشروط .

* الأمر يدل على الوجوب .

* الظاهر لاستغراق الجنس .

* الألفاظ إذا أطلقت ولها معهود في الشرع حملت عليه

* الطريق الذي به تعلم العلل وهو: وجود الحكم بوجودها وارتفاعه بارتفاعها.

* إذا اجتمع الحظر والإباحة في شخص غلب عليه حكم الحظر .

* الحديث إذا ورد فيه زيادة تردها الأصول كانت الأصول أولى .

* إطلاق الأمر يدل على الفور .

* في صحة القياس وثبوت التعليل .

* العلّة إذا عادت لمخالفة أصلها وجب فسادها .

* ما بعد الغاية يخالف ما قبلها .

* الاجتهاد مع وجود النص لا فائدة منه .

* إطلاق الكلام محمول على المتعارف .

* والإطلاق في العقود محمول على العرف .

* الأمر إذا صدر بعد الحظر حمل على الإباحة دون الوجوب .

* الإطلاق يقتضي العموم .

* إذا اجتمع المانع والمبيح غلب المنع .

* أصول مالك تدل على أن أقل الجمع ثلاثة .

* معنى الوجوب .

* معنى الندب .

* معنى الحظر .

* معني الكراهة .

* معنى الصحة .

* معنى الرخصة .

* * *

(ب) القواعد الفقهية المذكورة في كتاب « المعونة » :

* المغسولات نفلاً لما انفردت عن المغسولات فرضاً ، فكذلك الممسوحات نفلاً يجب أن تنفرد عن الممسوحات فرضاً .

* نية الأضعف لا تنوب عن نية الأقوى .

* ظهور المبدل يبطل حكم البدل .

* الرخص لا تتعدى بها مواضعها .

* كل أمر فرق بين قليله وكثيره ، واحتيج إلى فاصل بينهما لم يرد الشرع به ، فالمرجوع فيه إلى العرف : كالعمل في الصلاة وغيرها .

* كل من لم تجز إمامته لم يعتد بإذنه .

* كل من لم يجز أن يكون حاكماً لنفسه لم يكن إماماً في الصلاة : كالمجنون.

* كل من صحت صلاته خلف الصف إذا كان معه غيره صحت صلاته إذا انفرد أصله المرأة .

* الخطبة في الأصول في العبادات لا تكون إلا مقارنة لصلاة : كخطبة العيدين والجمعة .

* أن الأصل أن لا يفعل في الميت شيء إلا بشرع .

* حقوق الله مقدمة لا يجوز تركها ولا التراضي بإسقاطها .

* العين إذا تعلق بها حقان : أحدهما بعوض ، والآخر بدون عوض كان ما يتعلق بالعوض مقدماً على الآخر : كالدين والزكاة والوصية .

* كل زكاة لزمت الكبير لزمت الصغير .

* كل حق تعلق بما نقل منه إلى غيره بشرط عدم المنقول فلا يجوز الانتقال إليه مع وجوده .

* كل حق تعلق بغير مال فإن الوجوب يتعلق على مالكه اعتباراً بسائر الأصول .

* الحكم الذي يثبت في البدن لا يقبل في الشهادة عليه واحد أصله النكاح .

* كل ما لا يكون الصائم صائماً إلا بوجوده ، فلا يصح الصوم بعد مضي جزء من اليوم عرياً منه أصله الإمساك والنية .

* كل يوم لا يصلي فيه صلاة العيد فإن صومه يصح أصله سائر الأيام .

* الضرورة لا تعتبر بالاختيار .

* الإمساك أحد ركني الصوم فكان تركه سهواً في إفساده كتركه عمداً أصله النية .

* كل معنى لم يكره أول النهار لم يكره آخره كالمضمضة ، وإن أول النهار مساوٍ لآخره في شروط الصحة ، فكذلك في الندب والإباحة .

* إن الكفارة متعلقة بالهتك وانتفاء العذر .

* كل فعل يفسد الصوم ويوجب القضاء يتعلق به الكفارة ، وكل ما لا يوجب القضاء لا يتعلق به الكفارة كالرِّدَّة .

* أداء العبادة أفضل من تأخيرها .

* القربة لا بد لها من نية .

* كل عبادة شرط فيها زمان فأقله ما يستغرقه وقته كالصلاة .

* الفرق بين أن يعقد النكاح في اعتكافه وبين الإحرام أن الطيب ممنوع في الإحرام ، وليس كذلك الاعتكاف « فروق فقهية » .

* ما ضاد العبادة أفسدها .

* كل عبادة تعلق فرضها بالبدن مع القدرة لم تنتقل إلى غيره مع العجز كالصلاة والصوم .

* كل فعل من أفعال الحج لزم في موضع يؤثر الدم في تركه ، فإن العود إليه بعد فوته لا يسقط الدم عنه : كالمبيت بمزدلفة .

* كل عبادة كان لها إحلال لم يصح الدخول فيها إلا بإحرام : كالصلاة .

* من مُنع فعل شيء منع من المعونة عليه .

* كل عبادتين لا تتداخلان فالجمع بينهما غير جائز .

* العبادة التي لا نقض فيها ولا تحتاج إلى جبران أفضل مما خالفها .

* ترك السُّنَّة مع العذر جائز .

* إذا فات المتبوع سقطت توابعه .

* ليس في الأصول عبادة تفتح تطوعاً ثم تنقلب فرضاً .

* مراعاة العامة أولى من مراعاة الواحد والاثنين .

* الكلام إنما يتعلق به حكم إذا كان مقصوداً .

* النية والنطق طريقان لمعرفة المراد وثبوت أحكام الخطاب .

* الضرورات تسقط معها أحكام الاختيار .

* ترك السنن ناسياً لا يبطل العبادة .

* كل جنس جاز نكاح نسائهم جاز آكل ذبائحهم ، وكل ما لا ينكح نسائهم فلا يؤكل ذبائحهم .

* كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف ولم يرد توقيف بتحديد أمده وجب الرجوع فيه إلى العرف .

* كل ذكر كان عصبه في الميراث كان عصبه في عقد النكاح .

* كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلد الحكم منع ولاية عقد النكاح .

* إجازة ما تقدم بطلانه لا يصح .

* كل عدد جاز للحر أن يجمع بينه جاز للعبد .

* المعقود به إذا كان فاسداً وجب فساد العقد .

* لما كان النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون المعاتبة والمكايسة جاز فيه من التسامح ما لم يجز في البيوع .

* اليمين في الأصل متوجهة على أقوى المتداعيين سبباً .

* إن الدعوتين إذا تعارضتا وإحداهما يقتضي رفع العقد أو إثبات خيار فيه ، فالقول قول مدعي الصحة والاستقرار .

* للبائع أن يمنع إقباض السلعة حتى يقبض الثمن .

* كل نكاح غير جائز فيجب فسخه .

* الدخول لا يصحح العقد الفاسد .

* السبب إذا منع الخطبة في بعض الأحوال جاز أن يؤثر في إيجاب الفرقة .

* من استعجل الشيء قبل وقته عوقب بحرمانه .

* ملك استباحة البضع لا يقع فيه اشتراك .

* كل جنس تؤكل ذبائحهم جازت مناكحتهم .

* كل جنس جاز نكاح حرائرهم جاز وطيء إمائهم بالملك .

* كل عقد لو وقع في الإسلام لكان باطلاً كذلك إذا وقع في الكفر .

* كل تحريم تعلق بالوطيء الحلال تعلق بالوطيء الحرام .

* كمال الملك ونقصانه معتبر بالملك لا بغيره .

* لا يجوز لشخص أن يملك نكاحاً لا يملك الطلاق فيه .

* كل من يحد إذا وجد لفظ القذف منه فإنه إذا طلق نفذ طلاقه .

* إذا وجد سبيل إلى اليقين كان أولى من الظن والعمل على ظاهره لا يعرف صدقه .

* كل زمان يمنع الوطء لإيقاع عباده فيه ، فإن ذلك الوطء يوجب استئنافه .

* الشيء الواحد إذا كان علماً على حكم لم يجز أن يكون علماً على ضده .

* كل طعام ابتيع فلم يقبض ، فلا يجوز أن يقع عليه عقداً آخر حتى يقبض سواء كان ذلك من مبتاعه أو ممن صار إليه غير مبتاعه .

* إن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده .

* أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهده وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين ، فإن السلم فيها جائز .

* كل ما جاز أن يكون في الذِّمَّة ثمناً جاز أن يكون مثموناً .

* الأصول موضوعة على الغالب على أن القليل تابع للكثير .

* المعروف يجوز فيه ما لا يجوز في غيره .

* كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يباع مع أحد الجنسين غيره أو معهما جميعها ، وسواء كان الغير مما فيه الربا أو ما لا ربا فيه .

* أن يسير الغرر لا يمنع صحة البيع ، وأن ما تدعو الحاجة إليه منه معفو عنه، وأن الذي يمنع ما زاد على ذلك .

* كل من جاز سلمه جاز بيعه للأعيان .

* كل من صح أن يؤكل في البيع صح أن يليه بنفسه .

* من ورث شيئاً ورثه بحقوقه .

* كل ما يتعذر معه الرد فإنه إتلاف .

* الخراج بالضمان .

* كل حكم لزم في رقبة الأم فإن الولد يتبعها فيه .

* الاتفاق لا مزيه له على الاختلاف في الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم حاكم .

* حكم الأكثر في حكم الجميع وإن القليل لا حكم له .

* الأعواض في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط .

* كل منفعة ملك إباحتها للعين بغير عوض وملك منفعة إياها فإن المعاوضة عليها جائزة .

* أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه .

* الربح تابع للأصل .

* الأصول موضوعة على أن القول قول الغارم مع يمينه .

* أن الضررين إذا تقابلا ، فالأول أولى بالمراعاة لفضل السبق .

* أن سائر المتلفات تُقوَّم حال الإتلاف في المواضع التي يتعلق به الضمان .

* البينات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها ، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها .

* من وهب ما لا يملك لم تصح هبته .

* الحد يدرأ بالشبهة .

* إن كل حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الذهب ، وجب أن يعتبر فيه نصاب من الورق أصله الزكاة .

* الجنايات التي تستحق بها تناول الأعضاء يجب على الجماعة إذا اشتركوا فيها ما يجب على المنفرد .

* إن حرز كل شيء على ما جرت العادة .

* الكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى .

* إن الإنسان يملك من إسقاط حق نفسه بألا يتعدى إلى إسقاط حق غيره .

* كل من استنيب في شيء يتأتى منه فعل ذلك الشيء ، فإنه يصح إنابته فيه إلا أن يقوم دليل من جهة الشرع يمنعه .

* كل من ردت شهادته لفسق قُبلت عند زوال فسقه .

* الأصول موضوعة على أنه لا يحكم للمدعي على سبب واحد : وإنما يحكم بسببين كالشاهدين والشاهد واليمين .

* كل جنس قبلت منه شهادة في شيء على انفراد كفى منه شخصان أصله الرجال .

* كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها غير مقبولة .

* بدل الشيء يقوم مقامه .

* كل ما جاز بيعه جازت هبته .

* إن كل عدد زاد على الواحدة ممن فرضها النصف ففرضه الثلثان : كالبنات والابنتين .

* إن أصول الفرائض مبنية على أنه لا يجوز أن يرث الأبعد من الولد ويسقط الأقرب .

* كل حجب انحصر بعدد استوى فيه الاثنان والثلاثة أصله حجب الأم عن الثلث إلى السدس .

* الأصل في المواريث أن العصبة أولى بما يبقى .

* * *

(جـ) المسائل التي استدل لها القاضي عبد الوهاب بعمل أهل المدينة [1]:

* صفة الآذان .

* عدد ركعات التراويح .

* مقدار الصاع .

* الزكاة في الفواكه والبقول والخضروات .

* متى تقطع التلبية .

* استثناء كيل معلوم في بيع الجزاف .

* عهدة الرقيق .

* العمل بالقافة .

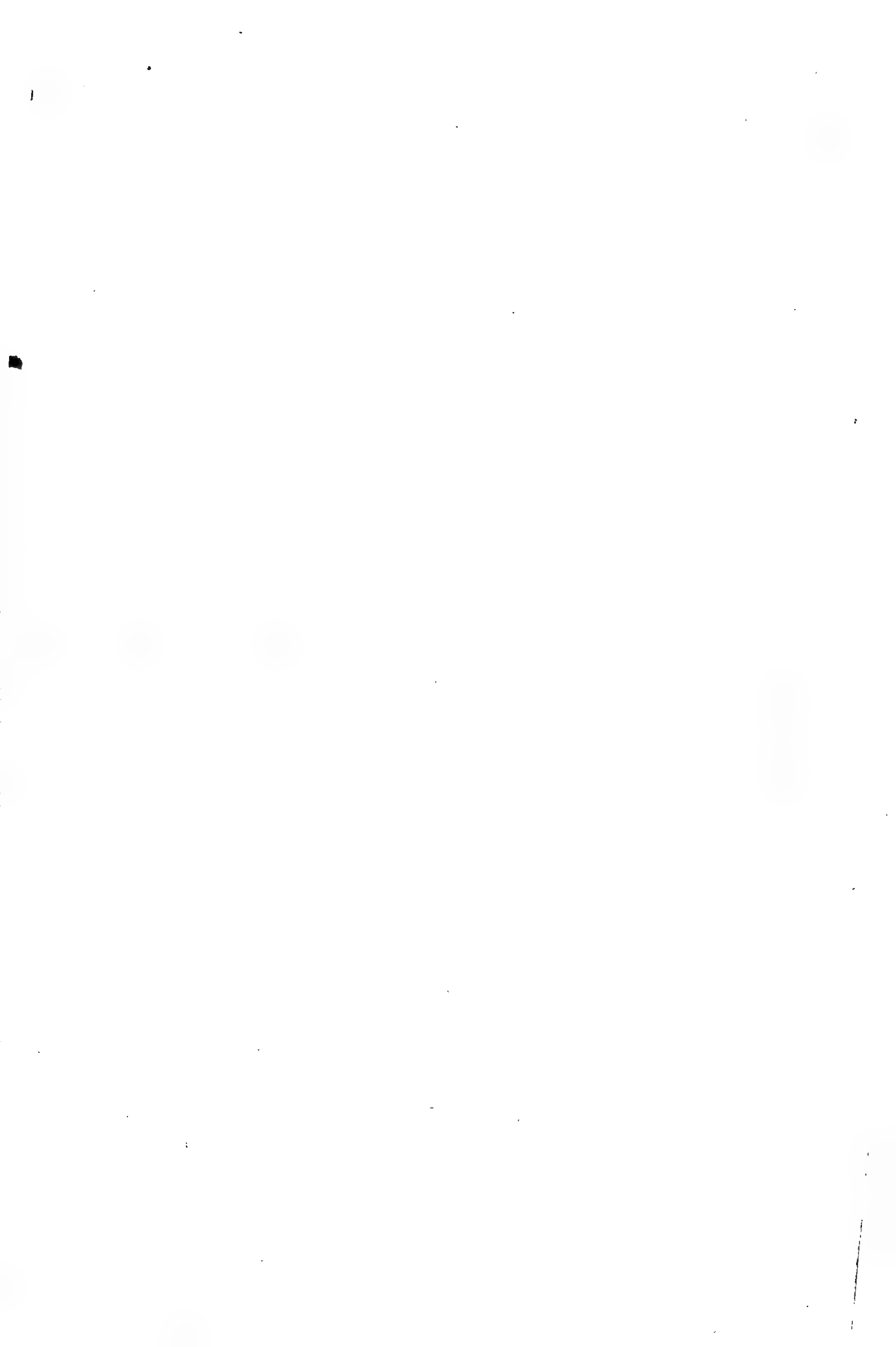
* دية المرأة .

* الوقوف والأحباس .

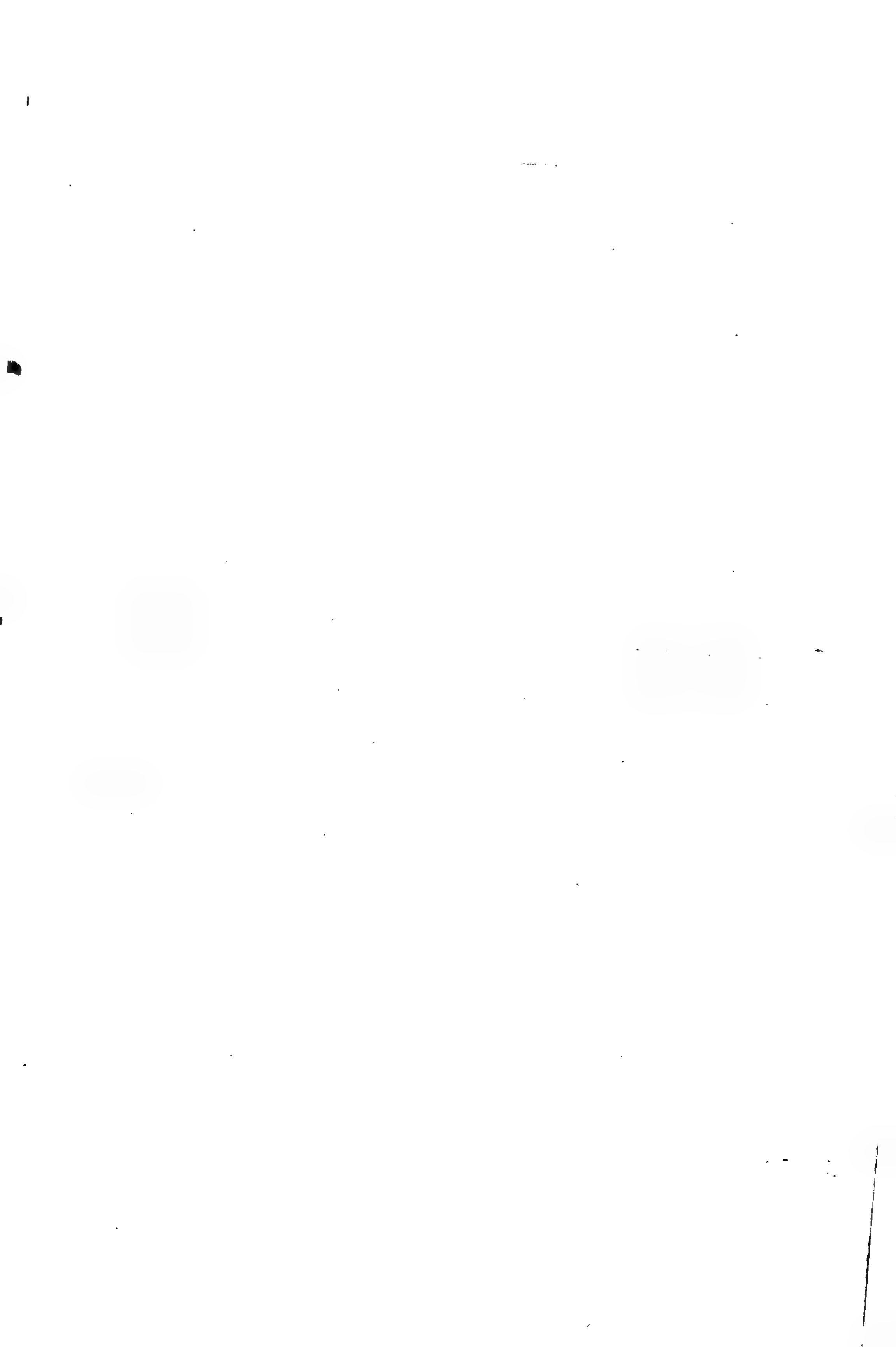
* * *

---

(١) يعد القاضي عبد الوهاب من أوائل العلماء الذين تكلموا عن أصل : عمل أهل المدينة ، وتقسيمه وكونه حُجَّة ، كما سوف يأتي في كتاب « الجامع » ، وأن الذين جاءوا من بعده كلهم عالة على ما قاله في ذلك ، مثل القاضي عياض ، والباجي وشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وغيرهم .



القسم الثاني
التحقيق



وصف نسخ المخطوط

لقد حصلت على أربع نسخ مخطوطة لكتاب « المعونة لمذهب عالم المدينة » : نسختان كاملتان تقريباً ، وثالثة إلى كتاب الزكاة - أي وكأنها تحتوي على سفر واحد من خمسة أسفار ، والرابعة بها سقط كبير رغم أنها كاملة .

١ - نسخة خزانة القرويين بفاس ورقمها (٧٧٧) :

وهو جزء ضخم بخط أندلسي جيِّد مكتوب بالسواك ، متلاش ، بأوراقه الأولى تمزق وتنقيع ، من تحبيس السلطان سيد محمد بن عبد الله بتاريخ جمادي الثانية عام ١١٧٥ هـ [1] .

وهذه النسخة كاملة ليس بها سقط داخل المخطوط ، لكن عيبها أن بها تمزقاً وطمساً في الصفحات الثلاث الأولى ، والصفحة الأخيرة .

وهي تتألف من اثنتين وستين ومائة ورقة (١٦٢) ، ومسطرتها من ثلاثين إلى اثنين وثلاثين سطراً .

وقد كتب في بداية هذه النسخة كتاب « المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة » ؟ تصنيف القاضي أبي محمد بن عليّ ابن نصر المالكي ، وقد رمزت لها بحرف (ق) .

* * *

٢ - نسخة المدينة المنورة :

وهي موجودة بمكتبة الملك عبد العزيز ضمن وقف سيدنا عثمان - رضي الله عنه - برقم (١٥٨) .

---

(١) انظر فهرس مخطوطات القرويين : ٢/٤١٣ - ٤١٤ .

وهي نسخة مكتوبة بخط مغربي واضح لكنها ليست كاملة ، فلقد وجدت بها سقطاً كبيراً فيما بين الصفحات .

كما أن من بداية النسخة يبدأ ترقيم صفحاتها من الورقة الثانية عشرة (١٢) .

وهي تتألف من اثنتين وسبعين ومائة ورقة (١٧٢) ، ومسطرتها ثلاثة وثلاثون سطراً .

وقد كتب في أول النسخة كتاب « المعونة على مذهب عالِم المدينة » للإمام القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي رحمه الله رحمة واسعة » .

وقد رمزت لها بحرف (م) .

* * *

٣ - نسخة الأسكوريال :

وهي موجودة بمكتبة الأسكوريال في مدريد بأسبانيا تحت رقم (١١٩٦) .

وهي نسخة مكتوبة بخط أندلسي واضح ، لكن يوجد منها سفر واحد فقط عدد أوراقه ثمانية وعشرون ومائة ورقة (١٢٨) ، ومسطرتها خمسة عشر (١٥) سطراً فقط .

وقد كتب في صفحاتها الأولى ما يلي :

كتاب المعونة لعبد الوهاب القاضي .

السفر الأول من كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس أبي عامر الأصبحي إمام دار الهجرة ، تصنيف القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن عليّ بن نصر بن أحمد البغدادي ، وهذا السفر ينتهي إلى آخر باب الزكاة .

ولقد استفدت من هذه النسخة - والتي سافرت من أجلها أكثر من مرة إلى أسبانيا - في إكمال النقص الموجود في أول النسختين السابقتين .

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنني استفدت من النسخ الثلاث في إخراج النص على

النحو التالي ، لهذا فلم اعتبر نسخة هي الأصل دون غيرها ، وإنما اعتمدت طريقة النص المختار حتى أصل - قدر المستطاع - إلى نص المؤلف ، وذلك لأنني لم أقف على تاريخ نسخ الكتاب علي أي من النسخ الثلاث .

وقد رمزت لها بحرف (س) .

* * *

٤ - نسخة الخزانة العامة بالرباط :

وهي نسخة تحصلت عليها عن طريق الباحث « عبد المحسن الريس » الذي يحضر رسالة الدكتوراة عن آراء القاضي عبد الوهاب الأصولية ، وكنت على وشك الانتهاء من التحقيق ، لكن رغم ذلك فلقد قابلت هذه النسخة من المخطوط مع باقي النسخ ، وأثبت فروق النسخ في التحقيق ، علماً بأنه يوجد سقط كبير في هذه النسخة من بدايتها وفي وسطها أيضاً .

وقد رمزت لها بحرف (ر) .

وهي تقع في ١٣٨ ورقة ، ومسطرتها ٣٠ ، تبدأ بصلاة الخوف وما قبلها كلها ساقط وعلى آخره تاريخ نسخها ٢٠ شوال سنة ١٢٨٧ هـ .

* * *

منهجي في تحقيق الكتاب

١ - نسخ الكتاب وإخراج نصه سليماً بالرسم الإملائي العصري ، وتحقيق النص تحقيقاً يجعله قريباً من الصورة التي وضعه عليها المؤلف - رحمه الله .

٢ - إثبات فروق النسخ المختلفة بالهامش .

٣ - ترقيم الآيات القرآنية وبيان مكانها من سور القرآن الكريم .

٤ - تخريج الأحاديث والآثار ، ولقد اتبعت الطريقة التالية في التخريج : إذا

وجدت الحديث في الصحيحين أو في أحدهما فأكتفي بهما ولا أتبعه في كتب السنن والمسانيد الأخرى .

أما إذا كان الحديث في السنن أو المسانيد فإني أخرجه منها مع الإشارة إلى أقوال علماء الحديث في درجة الحديث ما أمكن ذلك .

ولقد كان تخريجي لهذه الأحاديث بأن أذكر الكتاب ، ثم الباب المترجم له ، ثم أعقبها بذكر الجزء والصفحة من الكتاب .

٥ - توثيق المنقول والمسائل الفقهية الموجودة بالنص من مصادرها ، وفيما يلي ذكر للكتب التي اعتمدت عليها في كل مذهب مع ملاحظة أن الاعتماد كان على أمهات الكتب المؤلفة قبل عصر القاضي عبد الوهاب أو المعاصرة له ، وفي أحيان قليلة جداً اضطر إلى الاستشهاد ببعض الكتب المتأخرة .

ففي المذهب المالكي اعتمدت على :

١ - المدونة - برواية سحنون .

٢ - الموطأ - للإمام مالك (١٧٥ هـ) .

٣ - الرسالة - لابن أبي زيد (٣٨٥ هـ) .

٤ ـ التفريع - لابن الجلاب (٣٧٨ هـ) .

٥ - الكافي - لابن عبد البر (٤٦٣ هـ) .

٦ - المقدمات - لابن رشد (٥٢٠ هـ) .

والذخيرة في بعض الأحيان من الجزء المطبوع منها ، وهي للقرافي (٦٨٤ هـ) ومواهب الجليل - للحطاب (٩٥٤ هـ) ، ومعه « التاج والإكليل » للمواق ، والفواكه الدواني - للنفراوي (١١٢٥ هـ) ، حاشية الدسوقي - مع الشرح الكبير .

وعند الحنفية :

١ - مختصر الطحاوي - لأبي جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي (٣٢١ هـ).

٢ - مختصر القدوري - لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري (٤٢٨ هـ).

مع ملاحظة أنني اعتمدت النسخة التي هي مع شرح الهداية المسمى باللباب للميداني (١٢٩٨ هـ) .

وفي بعض الأحيان النادرة جداً أرجع إلى المبسوط للسرخسي (ت ٤٩٠ هـ)، وتحفة الفقهاء - للسمرقندي (٥٣٩ هـ) ، وبدائع الصنائع - للكاساني (٥٨٧ هـ) ، وفتح القدير - للكمال ابن الهمام (٨٦١ هـ) ، وحاشية ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) .

وعند الشافعية :

- الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) .
- مختصر المزني : لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني (٢٦٤ هـ) .
- الإقناع - للماوردي (٤٥٠ هـ) .
- المهذب - للشيرازي (٤٧٦ هـ) .
- روضة الطالبين - للنووي (٦٧٦ هـ) .

وعند الحنابلة اعتمدت على :

- مسائل الإمام أحمد - برواية ابنه عبد الله .
- مسائل الإمام أحمد - برواية ابنه صالح .
- ومختصر الخرقي (٣٣٤ هـ) .
- والمغني لابن قدامة (٦٢٠ هـ) ، في بعض الأحيان .

أما المسائل الظاهرية : فقد اعتمدت فيها على محلي ابن حزم الظاهري (٤٥٦هـ) .

وعلى الكتب التي تذكر آراء الإمام داود كالمغني والمجموع .

وأخيراً فإن مسائل الإجماع والمسائل التي لا خلاف فيها ، فقد اعتمدت في توثيقها على الكتب التالية :

١ - الإجماع - لابن المنذر (٣١٨ هـ) .

٢ - مراتب الإجماع - لابن حزم (٤٥٦ هـ) .

٣ - المحلي - لابن حزم (٤٥٦ هـ) .

٤ - بداية المجتهد - لابن رشد (٥٩٥ هـ) .

٥ - المجموع - للنووي (٦٧٦ هـ) .

٦ - شرح مسلم - للنووي أيضاً (٦٧٦ هـ) .

٧ - المغني - لابن قدامة (٦٢٠ هـ) .

٨ - فتح الباري - لابن حجر (٨٥٢ هـ) .

٩ - نيل الأوطار - للشوكاني (١١٥٠ هـ) .

* * *

٦ - شرح الألفاظ الغريبة والمصطلحات الفقهية من الكتب التالية :

* حدود - ابن عرفة (٨٠٣ هـ) مع شرح الرصاع عليها المطبوعة معاً، فإن كان تعريفي من حدود ابن عرفة أشرت إلى حدود ابن عرفه ، وإن كان من شرح الرصاع ، فإني أذكر شرح الرصاع مع ذكر الصفحة والجزء .

* غرر المقالة في شرح غريب الرسالة - لأبي عبد الله محمد بن منصور المغراوي (هـ) .

* الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي القيرواني - لأحمد بن غنيم النفراوي (١١٢٥ هـ) .

* المصباح المنير - للفيومي (٧٧٠ هـ) .

* معجم مقاييس اللغة - لأحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥ هـ) .

* الصحاح - للجوهري .

* المغرب - للمطرزي (٦١٦ هـ) .

وحاولت - قدر استطاعتي - أن تكون التعاريف مختصرة أبدأها بالتعريف اللغوي ، ثم أثني بالتعريف الاصطلاحي في عبارات - موجزة ومختصرة .

٧ - التعليق على بعض المسائل الفقهية التي تحتاج إلى ذلك ، مثل أن يذكر مخالفته لقوم فأذكرهم ، أو أنه يرجع ويعتمد رأياً ضعيفاً في المذهب ، فأذكره في اختصار شديد .

٨ - التعريف بالأعلام الوارد ذكرهم في نص الكتاب تعريفاً موجزاً ومختصراً مع الإحالة إلى المصادر ليرجع إليها من أراد التفصيل ، ولم أترجم للمشاهير من الأعلام كالخلفاء الأربعة وكبار الصحابة والأئمة الأربعة . .

ولقد حاولت قدر المستطاع عدم إثقال الهوامش بالتعليق على الأمور الواضحة سواء كانت لغوية أو فقهية أو في تخريج الأحاديث أو غيرها .

وأخيراً ، وحتى يستكمل التحقيق جوانبه الفنية لحقت الكتاب فهارس تشمل على :

١ - فهرس للآيات القرآنية الكريمة .

٢ - فهرس للأحاديث .

٣ - فهرس للآثار .

٤ - فهرس للأعلام .

٥ - فهرس للكتب .

٦ - فهرس للأشعار .

٧ - فهرس للمصطلحات الفقهية وغيرها .

٨ - فهرس للأماكن والبلدان .

٩ - فهرس تفصيلي للمسائل الفقهية .

والله الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل . .

المحقق

* * *

رموز ومصطلحات

ق : نسخة المخطوط من خزانة القرويين .

م : نسخة المخطوط من مكتبة الملك عبد العزيز بالمدينة المنورة .

س : نسخة المخطوط مكتبة الأسكوريال .

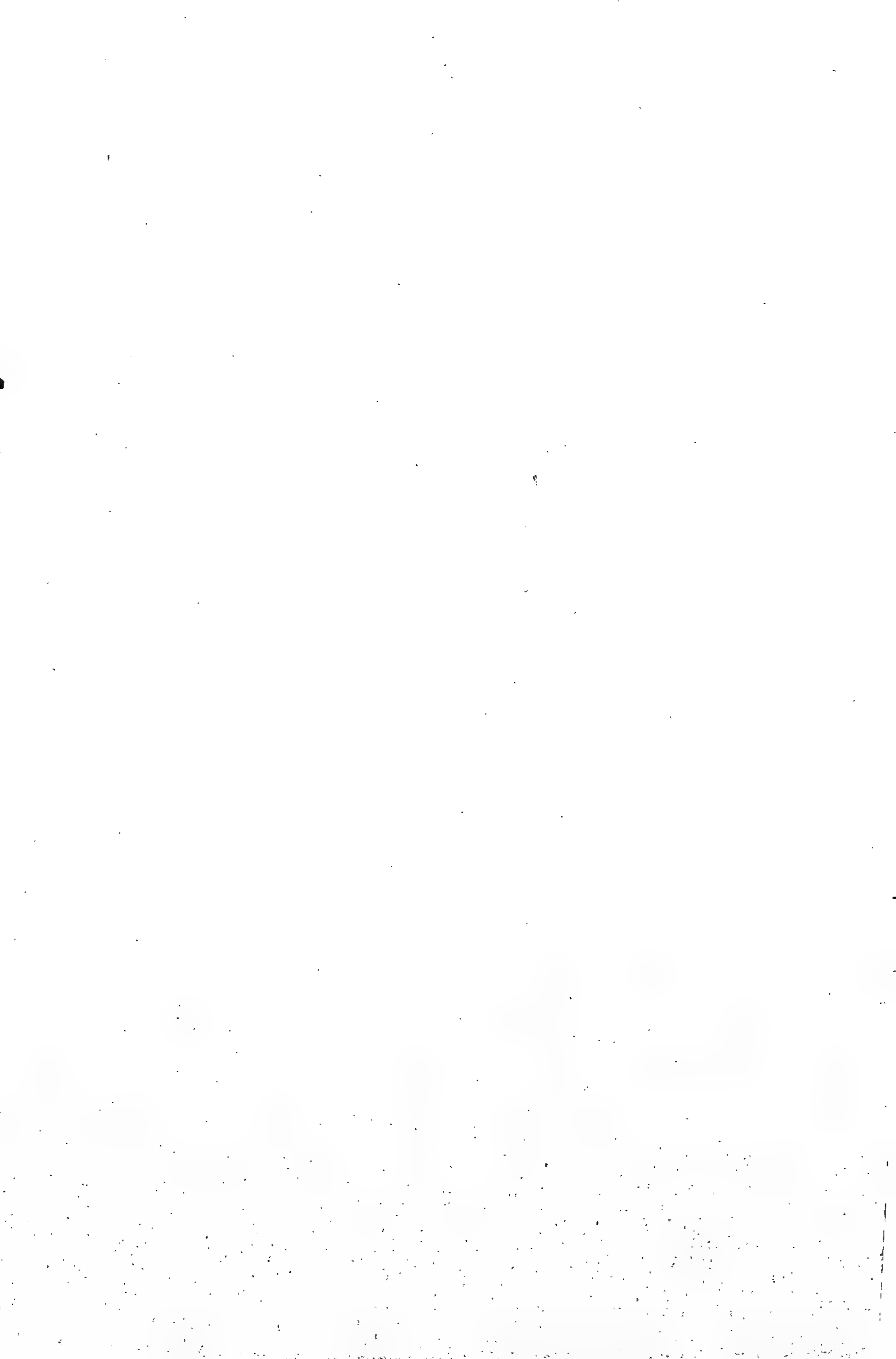
ر : نسخة الخزانة العامة بالرباط .

[ ] : ما بين معقوفتين تدل على كل ما أضفته من عندي :

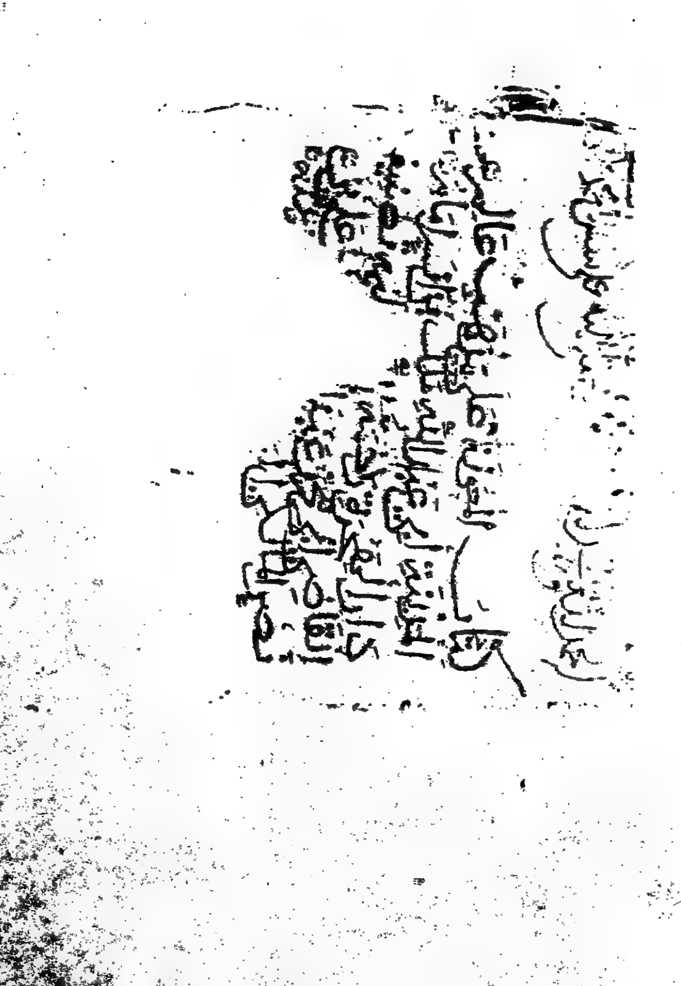
من سقط أو عناوين الفصول والأبواب ، وترقيم لوحات المخطوط الموجود بالجانب الأيسر من صفحات هذه الرسالة .

* * *

صور المخطوط



الورقة الأولى من نسخة القرويين بفاس



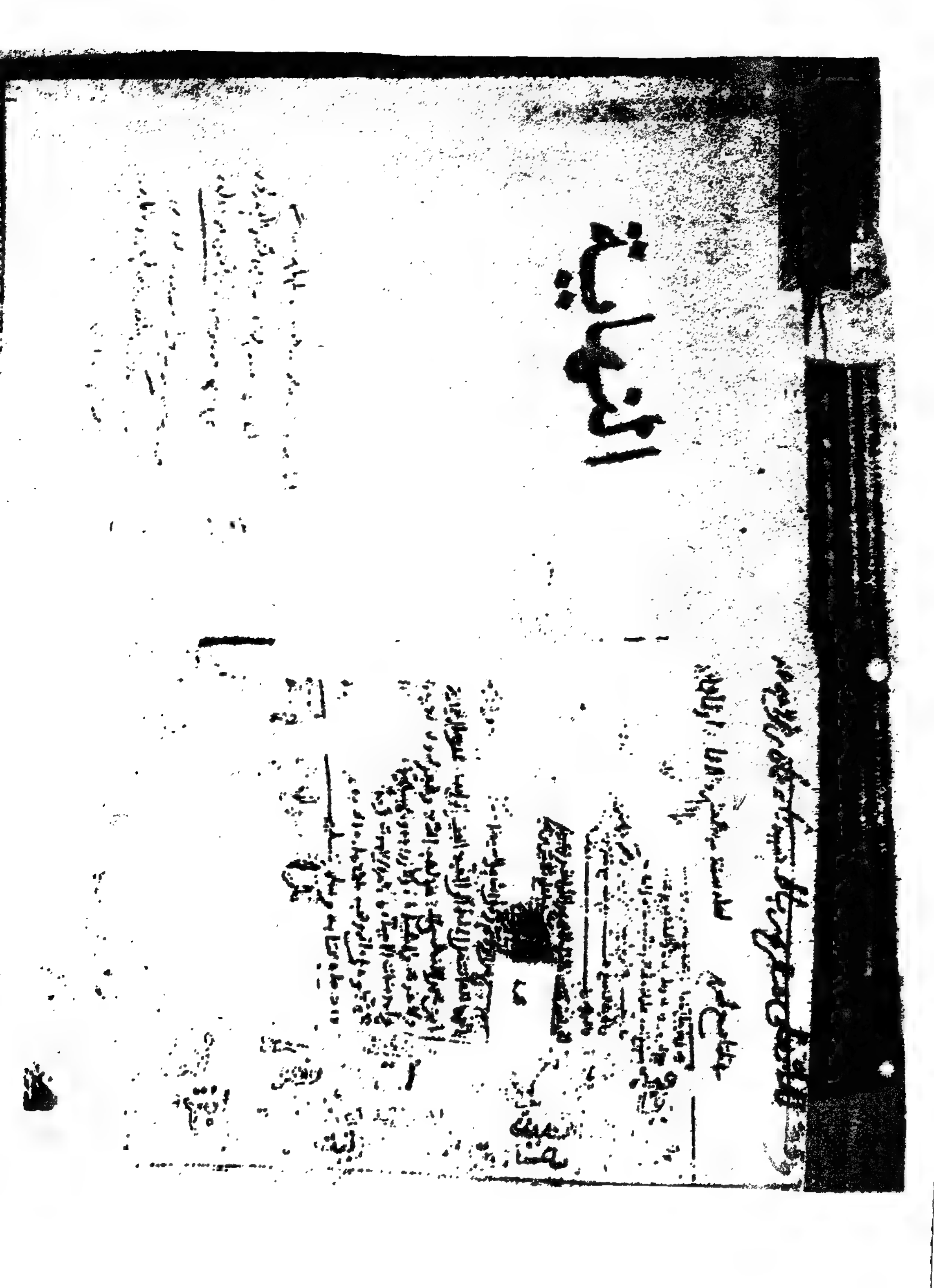
الورقة الثانية من نسخة العروبيين بفاس

الورقة الأخيرة من نسخة القرويين بفاس

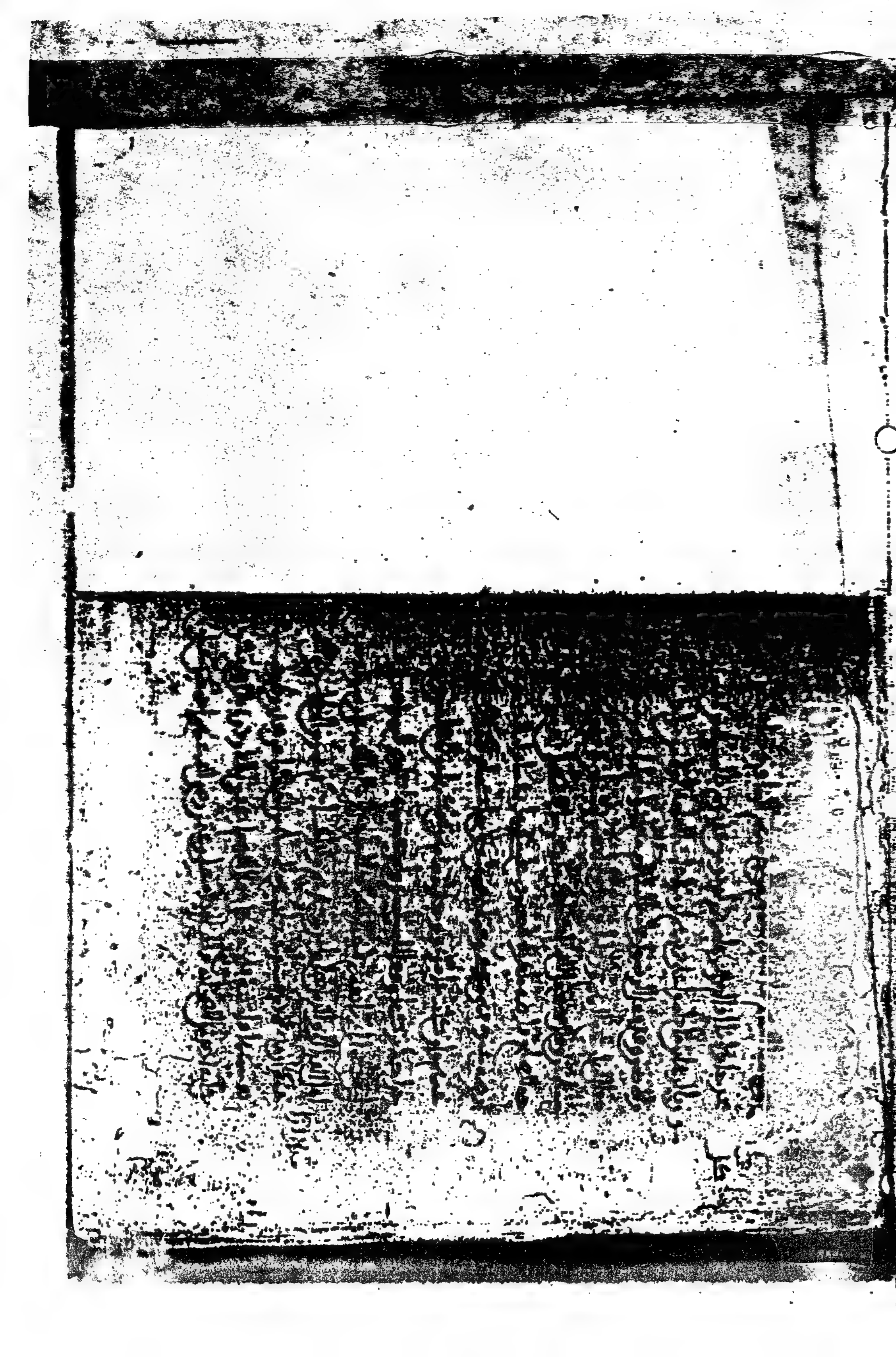
الورقة الاولى من نسخة المدينة المنورة

الورقة الثانية من نسخة المدينة المنورة

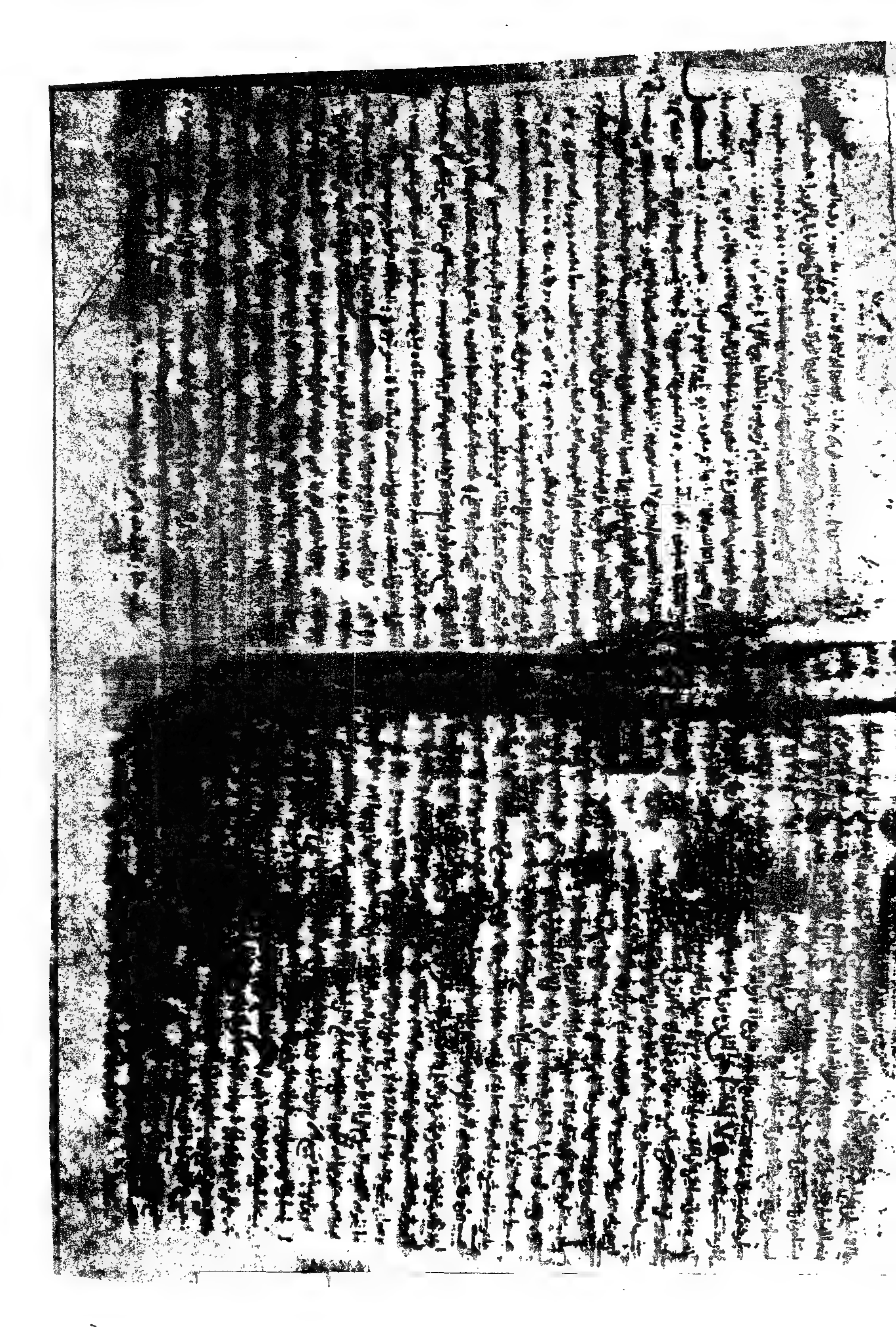
وقف لله تعالى مقره رباط سيدنا عثمان رضي الله عنه



الورقة الاولى من نسخة الاسكوريال



الورقة الأولى من نسخة الخزانة العامة بالرباط



المعونة

على مذهب عالم المدينة

« الإمام مالك بن أنس »

تأليف

القاضي عبد الوهاب البغدادي

(٤٢٢ هـ)



بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن عليّ بن نصر البغدادي المالكي رحمه الله : اللّهم إنا نحمدك بجميع محامدك ونثني عليك بجلالك وكرمك ، نسألك العصمة والسلامة من كل ضلالة وبدعة وحيرة وشبهة ، ونرغب إليك في كل ما أزلف لديك وقرب من رضوانك وبعد من سخطك وأنت السميع القريب اللطيف المجيب وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب ، وصلواته على محمد خاتم النبيين وآله الطيبين وصحابته [وأزواجه وذريته] [١] وسلامه وتشريفه وإكرامه .

أما بعد : يا أخي حفظك الله وحفظ عليك دينك وأمانتك وخواتيم عملك وجعلك ممن يقصدون بعلمهم رحمته وطلب ما عنده ، فإنك ذكرتنا وقوفك على شرحنا كتاب « الرسالة » لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد رحمة الله عليه ، وما رأيته منطوياً عليه من [بسط] [٢] الأدلة والحجاج وإشباع الكلام في مسائل الخلاف ، وعلى الكتاب المترجم « بالممهد » [٣] ، وما حواه من المسائل والتفريعات واختلاف الوجوه والروايات ، وذكرت بعد حفظ ذلك على الشادي[٤] ، وتعذر ضبطه على المبتديء ، وسألتنا تجديد نية في عمل مختصر لك [سهل] [٥] المحمل قريب المأخذ يقتصر فيه على ما لا [بد منه] [٦] ، ولا

---

(١) مطموسة وتم إكمال النقص من كتاب « التلقين » .

(٢) مطموسة في (ق) ، و(س) .

(٣) سبق الحديث عن هذين الكتابين في الدراسة .

(٤) الشادي : تقال لمن أخذ طرفاً من العلم أو الأدب ، واستدل به على البعض الآخر (المصباح المنير : ١/٣٠٧) .

(٥) بياض في (ق) ، و(س) ، وأكملناه حسب ما اقتضاه السياق .

(٦) بياض في (ق) ، (س) ، وأكملناه حسب ما اقتضاه السياق .

عناء عنه ليسهل على المتلقن مأخذه ويقرب على المبتدىء [تفقهه] [1] وحفظه ، وليكون إلى ذينك الكتابين [2] مدخلاً ، والتي يحفظ ما أودعناه فيهما وموصلاً ، فأجبتك إلى مسألتك وأسعفتك لطلبك مستخيراً الله سبحانه في ذلك راغباً إليه في النفع به والمعونة عليه ، وهو جل اسمه ولي الإجابة ومبلغ الطلبة بمنه وعونه وهو حسبي ونعم الوكيل .

* * *

(١) غير واضحة في (ق) ، و(س) .

(٢) يقصد : « شرح الرسالة » ، و« الممهد » .

كتاب [1] الطهارة [2]

[١ - الوضوء من الحدث] :

الوضوء [3] من الحدث فريضة [4] واجبة لقوله تعالى : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ [5] الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور [6] ، ولا تتم صلاة أحد حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله تعالى » [7] ، وقوله عليه السلام لما توضأ

---

(١) الكتاب في اللغة : الجمع ، وفي الاصطلاح : اسم لجنس من الأحكام ونحوها تشتمل على أنواع مختلفة : كالطهارة مشتملة على المياه والوضوء والغسل والتيمم وإزالة النجاسة وغيرها ، (انظر معجم مقاييس اللغة : ١٥٨/٥ ، المصباح المنير ص ٥٢٤ ، المطلع ص ٥) .

(٢) الطهارة في اللغة : النزاهة والنظافة ، وفي الاصطلاح : صفة حكمية توجب لموصوفها جواز استباحة الصلاة به (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٢) .

(٣) الوضوء لغة : الحسن والنظافة ، وفي الاصطلاح : هو تطهير أعضاء مخصوصة بالماء ويرتفع عنها الحدث لاستباحة العبادة الممنوعة (المصباح المنير ص ٦٦٣ ، شرح الرصاع على حدود ابن عرفة ص ٣٢) .

(٤) الفريضة : الأمر الذي يثاب على فعله ويترتب العقاب على تركه ، وقال القاضي عبد الوهاب : هو تحريم الترك ، وقوله : « فريضة واجبة » قصد به الترادف على معنى التوكيد ، والفرض والواجب عند المالكية سواء إلا في باب الحج (المقدمات : ٦٣/١ ، والجامع من هذا الكتاب) .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) أخرجه مسلم في الطهارة ، باب : وجود الطهارة للصلاة : ٢٠٤/١ .

(٧) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود : ٥٢٦/١ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في الوضوء على ما أمر الله تعالى : ١٥٦/١ ، والترمذي في أبواب الصلاة ، باب : ما جاء في وصف الصلاة ، وقال : حسن: ١٠٠/٢ .

مرة مرة : « هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به » [١] ، ولا خلاف في ذلك[٢] .

فصــــل [٣] [٢ - حكم السواك] :

والسواك [٤] مندوب [٥] إليه لقوله صلى الله عليه وسلم : « ما لكم تدخلون عليّ قلحاً استاكوا » [٦] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لولا أن أشق على أُمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » [٧] ، ولأنه من النظافة وهي مندوب إليها.

فصــــل [٣ - الرد على من قال بالوجوب] :

وليس بواجب [٨] خلافاً لمن حكي عنه[٩] وجوبه لقوله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) أخرجه الدارقطني : ١/ ٧٩ ، والبيهقي : ١/ ٨٦ ، والحاكم : ١/ ١٥٠ ، وقد تفرد به المسيب بن واضح وهو ضعيف ، وقال عبد الحق في أحكامه : هذا الطريق من أحسن طرق هذا الحديث (نصب الراية : ١/ ٢٨) .

(٢) الإجماع ، لابن المنذر (٣١) ، المحلي - لابن حزم : ١/ ٩٤ .

(٣) الفصل : هو الحجز بين الشيئين ، فهو يحجز بين أجناس المسائل وأنواعها (معجم مقاييس اللغة : ٤/ ٥٠٥) .

(٤) السواك : هو اسم عود الأراك الذي يتسوك به (المصباح المنير ص ٢٩٧) .

(٥) المندوب : ما تتعلق الفضيلة بفعله ولا يتعلق العقاب بتركه (قاله القاضي عبد الوهاب في الجامع من هذا الكتاب) .

(٦) أخرجه البيهقي : ١/ ٣٦ ، وقال : حديث مختلف في إسناده ، والقلح : صفرة تعلو الأسنان ووسخ يركبها (المغرب ص ٣٩١) .

(٧) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : السواك يوم الجمع : ١/ ٢٤ ، ومسلم في الطهارة ، باب : السواك (١/ ٢٢٠) .

(٨) انظر : الموطأ (١/ ٦٥) ، الرسالة لابن أبي زيد القيراني ص ٩٤ ، الكافي - لابن عبد البر ص ٢٣ .

(٩) ممن قال بوجوبه : إسحق وداود ، وقالوا : لأنه مأموز به والأمر يقتضي الوجوب (المغني لابن قدامة : ١/ ٩٥) .

« ثلاثة كتبت عليّ ولم تكتب عليكم : فذكر السواك »[1] ، ولأن المقصود منه إزالة الرائحة عن الفم فأشبه غسل الفم من الغمر .

مسألة [٤ - حكم النية في الطهارة من الأحداث] :

والنية[2] شرط[3] في طهارات الأحداث كلها خلافاً لأبي حنيفة[4] إذ يزعم أنها غير واجبة في الوضوء والغسل ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا ﴾[5] ، فهو من الصلاة ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لامريء ما نوى »[6] ، ولأنها طهارة عن حدث كالتيمم ، ولأنها عبادة متقرب بها كالصلاة والصيام .

فصل [٥ - محل النية وصفتها] :

ومحل النية : القلب ، وصفتها : أن يقصد بقلبه ما يريده بفعله وليس عليه نطق بلسانه ، ويلزم المتوضيء أن ينوي بوضوئه الطهر من الحدث ، ومعنى ذلك استباحة كل فعل كان الحدث مانعاً منه ، فإن نوى استباحة فعل بعينه فالأفعال على ضربين : منها ما يجوز فعله مع الحدث ، ومنها ما لا يجوز إلا مع ارتفاع

---

(١) أخرجه الطبراني في معجمه بلفظ : « ثلاث من أخلاق المرسلين » ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً ، والدارقطني في الأفراد مرفوعاً (نصب الراية : ٢/ ٤٧٠) .

(٢) هي القصد وعزم القلب على أمر من الأمور (المصباح المنير ص ٦٣٢ ، الفواكه الدواني : ١/ ١٤٤) .

(٣) أي أنها من فروضه (انظر : المدونة : ١/ ٣٦ ، التفريع - لابن الجلاب ١/ ٩٢ ، الكافي ص ١٩) . والشرط في اللغة : إلزام الشيء ، وفي الاصلاح : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم (الفروق للقرافي : ٢/ ٦٢) .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي (١٧) .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) أخرجه البخاري في بدء الوحي ، باب : كيف كان بدء الوحي : ١/ ٢ ، ومسلم في الإمارة ، باب : « إنما الأعمال بالنيات » (٣/ ١٥١٥) .

حكمه ، فالأول مثل القراءة ظاهراً [١] ، ودخول المسجد وكتابة العلم ودرسه ، كل هذا يجوز مع الحدث الأصغر ، فإن نواه بوضوئه فلا يجزئه [للصلاة] [٢] ولا غيرها ، مما لا يجوز إلا بطهارة وحكم حدثه باق ، والثاني مثل الصلوات على اختلاف أنواعها من فرض ونفل ، ومثل مس المصحف والطواف ، فإن كان نوى بوضوئه استباحة بعض هذه الأفعال جاز له فعل سائرها ، وكان حكم حدثه زائلاً .

فصل [٦ - حكم التسمية على الوضوء] :

التسمية على الوضوء غير واجبة [٣] ، خلافاً لأحمد بن حنبل [٤] لقوله جَلَّ وعَزَّ : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا ﴾ [٥] ، ولم يذكر التسمية ، وكذلك الأخبار التي رويناها ، ولأنه قول باللسان فلم يجب في الوضوء كالتسبيح ، ولأنها طهارة شرعية كالتيمم وغسل الميت .

فصل [٧ - استحباب غسل يد المتوضيء وغيره قبل إدخالها في الإناء] :

ويستحب [٦] لكل مريد الوضوء طاهر اليدين بائل أو متغوط أو جنب أو حائض أو ماس لذكره أو ملامس لزوجته أو قائم من نومه : أن يغسل يده قبل إدخالها في إناء وضوئه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها في إناء وضوئه فإنه لا يدري أين باتت يده

---

(١) أي على ظاهر القلب .

(٢) في (ق) ، و(س) : بياض ، ووضعناه حيث اقتضاه السياق .

(٣) انظر الرسالة (٩٤) ، المقدمات المهمدات : ١/ ٨٣ ، الكافي ص ٢٣ .

(٤) انظر مسائل الإمام أحمد بن حنبل - رواية ابنه عبد الله - (٣٥) ، المغني : ١/ ١٠٣.

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) الاستحباب : هو ما كان في فعله ثواب ، ولم يكن في تركه عقاب (المقدمات المهمدات لابن رشد : ١/ ٦٤) .

منه »[1] ، وهذا المعنى قائم فى سائر من ذكرناه ، لأنه كما أن النائم لا يسلم ما يمس بيده من أعراق البدن وأوساخه وكذلك المتيقظ[2] ، لا يمكنه الاحتراز من إدخالها في أنفه أو حكه بدنه ، وإنما نص على النائم لأن المعنى فيه أوجد منه في غيره .

فصــل [٨ - نفي وجوبه ودليله] :

وليس بواجب[3] أيضاً خلافاً لأحمد[4] وداود[5] ، حين أوجباه على القائم من نومه ، للظاهر والخبر ، والمقصود بهما بيان ما يلزم القائم إلى الصلاة فعله مع خلوه مما تنازعناه ، ولأنها طهارة شرعية كالغسل ، ولأنه عضو من البدن كغيره من الأعضاء ، ولأن النوم إن كان حدثاً فهو كالبول ، وإن كان سبباً للحدث فهو كاللمس ، وكذلك لا يوجب غسل اليد قبل إدخالها الإناء وكذلك النوم ، ولأنهم يفرقون بين نوم الليل والنهار فيوجبونه من نوم الليل دون نوم النهار ، وذلك خلاف الأصول .

---

(١) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : الاستجمار وتراً (١/٤٨) ، ومسلم في الطهارة ، باب : كراهة غمس المتوضيء وغيره يده (١/٢٣٣) .

(٢) في (س) : المتنبه .

(٣) انظر : التفريع : ١/١٨٩ ، الرسالة (ص٩٤) ، الكافي (ص ٢٣) .

(٤) في إحدى رواياته (المغني : ١/٩٨) ، إذا قام من نوم الليل .

(٥) انظر : المغنى : ١/٩٧ ، المحلي : ١/٢٨١ ، المجموع : ١/٣٩٨ .

وداود : هو الإمام داود بن عليّ بن خلف الأصبهاني الكوفي البغدادي الشهير بداود الظاهري ، أخذ عن أبي ثور وإسحق بن راهويه ، وحدث عنه ابنه أبو بكر وزكريا الساجي ويوسف بن يعقوب الدراوردي وغيرهم ، ت ٢٧٠ هـ (انظر : تذكرة الحفاظ : ٢/٨٧ ، سير أعلام النبلاء : ١٣/٩٨) .

مسألة [٩ - حكم المضمضة والاستنشاق في الوضوء] :

المضمضة [١] ، والاستنشاق [٢] سنتان [٣] ، لأمره صلى الله عليه وسلم بهما وفعله لهما ، وليستا بواجبتين [٤] في الوضوء خلافاً لأحمد [٥] وغيره ، لقوله جل وعز : ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ [٦] ، والاسم لا ينطلق على الباطن ، ولقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي : « توضأ كما أمرك الله » [٧] ، ولأنها طهارة من حدث كالغسل ، ولأنه باطن في أصل الخلقة كذا داخل العينين والصماخين [٨] .

فصل [١٠ - حكم المضمضة والاستنشاق في الغُسل] :

وكذلك فليستا بواجبتين في الغُسل [٩] خلافاً لأبي حنيفة [١٠] لما ذكرناه ، ولأنه غسل واجب فلم يلزم فيه إيصال الماء إلى داخل الفم والأنف كغسل الميت، ولأنه طهارة عن حدث كالوضوء .

---

(١) المضمضة : هي إدخال الماء فاه فيخضخضه ويمجه ثلاثاً (حدود ابن عرفة - المطبوع مع شرح الرصاع ص ٣٤) .

(٢) الاستنشاق : جذب الماء بأنفه ونثره بنفسه ويده على أنفه (حدود ابن عرفه - المطبوع مع شرح الرصاع ص ٣٤) .

(٣) السُّنَّة : ما داوم النبي ﷺ على فعله ، أو ما أمر النبي ﷺ بفعله واقترن بأمره ما يدل على أن مراده به الندب (المقدمات : ١/ ٦٤) ، وقال القاضي عبد الوهاب : المسنون في الشرع في أعلى مراتب المندوب (الجامع من هذا الكتاب) .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٥ ، الرسالة ص ٩٣ ، التفريع : ١/ ١٩١ .

(٥) مسائل الإمام أحمد (ص ٢٤) .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٧) هو نفسه الحديث الذي سبق تخريجه في الصفحة ١١٧ .

(٨) الصماخ : هو الثقب الذي تدخل فيه رأس الأصبع إلى الأذن (حاشية الدسوقي : ١/ ٩٨) .

(٩) انظر : المدونة : ١/ ١٥ ، التفريع : ١/ ١٩١ ، الكافي ص ٢٣ .

(١٠) انظر : مختصر الطحاوي (ص ١٩) .

فصـل [١١ - حكم ترك المضمضة والاستنشاق في الطهارة] :

وإذا ثبت أنهما سنتان فتركهما غير مفسد للطهارة لا سهواً ولا عمداً [١] ، لأن حكم الحدث يرتفع مع عدمها إلا أنه لا ينبغي تعمد تركهما ، فمتى تركهما ناسياً أتى بهما ما لم يصل ليؤدي الصلاة على الوجه الأفضل ، وإن صلى لم يعد لأن وقتها قد مضى بانقضاء الصلاة ، والسنن لا تعاد إذا انقضت أوقاتها [٢] .

فصـل [١٢ - غسل الوجهين واليدين في الوضوء] :

غُسل الوجه واليدين إلى المرفقين من فرائض الوضوء [٣] للظاهر والخبر والإجماع [٤] .

فصـل [١٣ - غسل المرفقين مع اليدين] :

وغسل المرفقين مع اليدين واجب [٥] خلافاً لمن نفى وجوبه [٦] ، لأنه صلى الله عليه وسلم كان إذا توضأ أدار الماء على مرفقيه [٧] ، ولأنه حد لعضو مغسول كالكعبين .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١٥ ، التفريع : ١/ ١٩ ، الكافي ص ٢٣ .

(٢) سوف نلاحظ كثيراً ذكر مثل هذه القواعد التي يستدل بها القاضي عبد الوهاب .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٥ ، التفريع : ١/ ١٨٩ - ١٩٠ ، الرسالة ص ٩٥ ، الكافي ص ٢١ .

(٤) انظر : مراتب الإجماع - لابن حزم ص ١٨ - ١٩ ، المجموع : ١/ ٤١٣ ، ٤٢٧ ، المغني : ١/ ١١٤ ، ١٢٢ ، فتح الباري : ١/ ٢٣٤ ، نيل الأوطار : ١/ ١٤٢ .

(٥) انظر : الرسالة ص ٩٥ ، الكافي ص ٢١ .

(٦) حكى نفي وجوبه عن ابن داود وزفر (المغني : ١/ ١٢٢) .

(٧) أخرجه الدارقطني : ١/ ٨٣ ، والبيهقي : ١/ ٥٦ من حديث القاسم بن محمد وهو متروك عند أبي حاتم ، وقال أبو زرعة : منكر الحديث ، وكذا ضعفه أحمد وابن معين وانفرد ابن حبان بذكره في الثقات ، وقد صرح بضعف هذا الحديث ابن الجوزي والمنذري وابن الصلاح والنووي وغيرهم . (تلخيص الحبير : ١/ ٧٥) .

فصل [١٤ - مسح جميع الرأس] :

ومسح جميع الرأس واجب [١] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] لقوله جَلّ وعَز : ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ [٣] ، والاسم للجملة فيجب استيفاؤها ، ولأنه صلى الله عليه وسلم مسح رأسه بيده فأقبل بهما وأدبر [٤] ، وأفعاله على الوجوب ، ولأنه عضو من أعضاء الوضوء ، فلم يجز الاقتصار من تطهيره علي أقل ما يقع عليه الاسم أو فلم يتحدد بالربع كسائر الأعضاء ، ولأنه عضو أطلق النص فيه فوجب إيعابه كالوجوه .

فصل [١٥ - كيفية إيعاب مسح الرأس] :

وكيف ما أوعبه [٥] أجزأه إلا أن اختياره فيه : أن يأخذ الماء بيديه ثم يرسله أو بأحدهما ثم يضعه في الأخرى ثم يبدأ بمقدمة رأسه إلى مؤخره ثم يردهما إلى حيث بدأ ، لأن ذلك صفة فعله صلى الله عليه وسلم [٦] ، والمرأة والرجل يستويان في ذلك لعموم الظاهر ، واعتباراً بتساويهما في سائر الأعضاء .

فصل [١٦ - مسح الأذنين] :

ويمسح أذنيه ظاهرهما وباطنهما لأنه صلي الله عليه وسلم فعل ذلك [٧] ،

---

(١) انظر : المدونة : ١٦/١ ، الرسالة ص ٩٦ ، التفريع : ١/ ١٩٠ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٨ ، مختصر المزني ص ٣ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٤) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : مسح الرأس كله : ١/ ٥٤ ، ومسلم في الطهارة ، باب : صفة الوضوء : ١/ ٢٠٤ .

(٥) قوله : أوعبه : يعني أعمه حتى لم يترك منه شيئاً (غرر المقالة في شرح غريب الرسالة ص ٩٦) .

(٦) راجع الحديث السابق في صفة وضوئه صلى الله عليه وسلم .

(٧) انظر ما أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : صفة وضوء النبي ﷺ : ١/ ٨٩ ، والترمذي في الطهارة ، باب : ما جاء أن مسح الرأس مرة : ١/ ٤٩ : « أنه صلى الله عليه وسلم مسح برأسه وأذنيه باطنهما بالسبابتين وظاهرهما بإبهامه » ، وقال الترمذي : حسن صحيح .

ويستحب له تجديد الماء لهما [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] للخبر [3] الذي روي في ذلك ، ولأن المغسولات نفلاً لما انفردت عن المغسولات فرضاً ، فكذلك الممسوحات نفلاً يجب أن تنفرد عن الممسوحات فرضاً .

فصل [١٧ - المسح على العمامة والخمار] :

ولا يجوز المسح على عمامة ولا خمار [4] بدلاً عن الرأس خلافاً لأحمد [5] وداود [6] ، لقوله جل وعز : ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ [7] ، وهذا يوجب مباشرة العضو ، ولأنه عضو غير منصوص على حده فأشبه الوجه ، ولأن فرض البدل لا يكون كفرض المبدل .

مسألة [١٨ - غسل الرجلين] :

وفرض الرجلين الغُسل [8] خلافاً لمن ذهب إلى أنه المسح [9] لقوله تعالى : ﴿ وأرجلكم ﴾ [10] بالنصب وهو عطف على الغسل ، وقوله صلى الله عليه

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١٦ ، الرسالة ص ٩٦ ، التفريع : ١/ ١٩٠ ، الكافي ص ٢٣

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨ .

(٣) أن عبد الله بن زيد رأى رسول الله ﷺ يتوضأ فأخذ لأذنيه ماء خلاف الماء الذي أخذه لرأسه ، أخرجه الحاكم في المستدرك : ١/ ١٥١ . وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين (نصب الراية : ١/ ٢٢) .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٦ ، الموطأ : ١/ ٣٥ ، التفريع : ١/ ١٩١ ، الكافي ص ٢٣. والعمامة - معروفة - وهي ما يلفه الرجل على رأسه . (انظر المصباح المنير ٤٣٠)، أما الخمار فهو : ثوب تغطي به المرأة رأسها (المصباح المنير ١٨١) .

(٥) انظر : مسائل الإمام أحمد (٣٠) .

(٦) انظر : المحلي : ٢/ ٨١ ، المجموع : ١/ ٤٤٧ .

(٧) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٨) انظر : الرسالة ص ٩٧ ، المقدمات : ١/ ٨٧ .

(٩) حكي المسح عن ابن عباس وأنس والشعبي وابن جرير (انظر مصنف عبد الرزاق : ١/ ١٩ ، كنز العمال : ٩/ ٤٣٣ ، المغني : ١/ ١٣٣) .

(١٠) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

وسلم : « فإذا غسل رجليه خرجت الخطايا من أظفار رجليه »[(1)] ، وذلك يفيد أن فرضهما الغسل ، ولأنه عضو منصوص على حده كاليدين .

فصل [١٩ - حكم أقطع الرجلين في الوضوء] :

ويغسل أقطع الرجلين موضع القطع لبقائه محل الغرض ، ولا يلزم أقطع اليدين من المرفقين[(2)] غسل موضع القطع ، لأن المرفقين يدخلان في القطع فلا يبقى شيء من محل الغرض والقطع في الرجلين من تحت الكعبين[(3)] ، فبعض محل الغرض باق فلزمه غسله ، فإن اتفق أن يكون بقي شيء من المرفقين غسل موضع القطع[(4)] .

مسألة [٢٠ - ترتيب الوضوء] :

وترتيب الوضوء مستحب غير مستحق[(5)] خلافاً للشافعي[(6)] حين يوجبه لقوله جل وعز : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم . . . ﴾[(7)] الآية وموضوع الواو الاشتراك دون الترتيب ، واسم الغسل ينتظم[(8)] من رتب ومن لم يرتب ، ولأنها طهارة شرعية كالغسل ، ولأنه تقديم وتأخير في الوضوء فلم يمنع صحته كتقديم اليسرى على اليمنى ، ولأنه عضو من أعضاء الوضوء فصحت الطهارة [مع التبدئة به][(9)] كالوجه .

---

(١) أخرجه مالك في الطهارة ، باب : جامع الوضوء : ٣١/١ ، والنسائي في الطهارة، باب : مسح الأذنين مع الرأس : ٦٤/١ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ثواب الطهور : ١٠٤/١ .

(٢) المرفق : هو موصل العضد بالساعد (المغرب ص ١٩٤) .

(٣) الكعب : هو العظم الناشز من جانب القدم (المغرب ص ٤٠٩) .

(٤) راجع هذه المسألة في المدونة : ٢٦/١ .

(٥) راجع هذه المسألة في المدونة : ٢٦/١ .

(٦) انظر : المدونة : ١٤/١ ، التفريع : ١٩٢/١ ، الكافي ص ٢١ .

(٧) انظر : الأم : ٣٠/١ ، مختصر المزني ص ٣ .

(٨) هذه الكلمة غير واضحة في (ق) ، و(س) .

(٩) بياض في (ق) ، و(س) ، وأكمل النقص من « الإشراف » : ١١/١ .

فصــل [٢١ - دليل استحباب ترتيب الوضوء] :

إذا ثبت أنه ليس بفرض فإنما استحببناه لفعل رسول الله ﷺ له [١] ، ومداومته عليه وعمل السلف من بعده به ، ولأن الأُمة مجمعة [٢] على أنه مطلوب في الوضوء وأن فعله أفضل وأولى من تركه ، واختلافهم في مباح الطهارة بتركه لا يخرجه عن تعلق الفضيلة به .

فصــل [٢٢ - صفة الوضوء] :

والاختيار في صفته : أن يبدأ بعد النية بغسل يديه قبل إدخالهما الإناء ، ثم بالمضمضة والاستنشاق ، ثم بغسل الوجه ، ثم بيمنى يديه ثم يسرهما ، ثم بالمسح بالرأس ، ثم بالأذنين ، ثم يغسل يمنى رجليه ثم يسرهما . وإنما اخترنا ذلك على هذه الصفة لأنها الصفة التي نقلت الصحابة رضوان الله عليهم أنها كانت صفة وضوئه صلى الله عليه وسلم [٣] ، وإنما خصصنا بذلك تقديم النية . وإن كان تقديمها فرضاً لئلا يظن ظان أنها من حيث كانت من فروض الوضوء جاز أن تتقدم وتؤخر كسائر الأعضاء المفروضة ، فبين أنها بخلاف غيرها ، وأن تقديمها فرض ، وإنما لا تتناول الماضي المنقضي ، وإنما قلنا إنه يتقدم غسل يده لأن الخبر بذلك ورد بقوله صلى الله عليه وسلم : « فلا يغمس يده حتى يغسلها » [٤] وكذلك روى من وصف وضوئه صلى الله عليه وسلم [٥] رواية وحكاية وباقيه قد ذكرناه .

---

(١) انظر : الأحاديث السابق ذكرها .

(٢) انظر : المحلي : ٢/٩٣ - ٩٥ ، المجموع : ١/٤٨٥ ، المغني ١/١٣٦ .

(٣) انظر : حديث عبد الله بن زيد بن عاصم الذي وصف فيه وضوءه صلى الله عليه وسلم ، وقد سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٢٥) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٢١) .

(٥) انظر : حديث : « أنه مسح رأسه بيديه . . . » في الصفحة (١٢٤) .

مسألة [٢٣ - حكم من مسح رأسه ثم حلق شعره] :

ومن مسح رأسه ثم حلق شعره فلا إعادة عليه [(١)] خلافاً لعبد العزيز بن أبي سلمة [(٢)] لقوله جل وعز : ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ [(٣)] ، وهذا قد فعل ، ولأنه عضو زال حكم الحديث بتطهيره فزواله لا يوجب إعادة تطهيره كسائر الأعضاء ، ويفارق المسح على الخف أنه إذا خاف غسل رجليه لأن المسح على الخف بدل ومسح [(٤)] شعر الرأس أصل وطهور المبدل يبطل حكم البدل .

فصـل [٢٤ - حكم الموالاة في الوضوء] :

وإذا تعمد تفريق وضوئه حتى طال وتفاحش استأنف ولم يجزه البناء عليه [(٥)] خلافاً لأبي حنيفة [(٦)] ، والشافعي [(٧)] ، لقوله جل وعز : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا ﴾ [(٨)] ، والأمر المطلق على الفور ، ولأنها عبادة تبطل بالحدث فكان للتفريق تأثير في إبطالها كالصلاة ، ولأنها عبادة ذات أركان يتقدم الصلاة لها فلم يجز تفريقها كالأذان .

فصـل [٢٥ - تفريق الوضوء مع العذر] :

وتفريقه مع العذر غير مفسد له [(٩)] ، إلا أن العذر ضربان : نسيان وعجز

---

(١) انظر : الذخيرة : ١/ ٢٥٩ .

(٢) **عبد العزيز بن أبي سلمة هو** : أبو عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التيمي المدني ، الفقيه الإمام المحدث حدث عن الزهري وغيره ، وعنه أبو نعيم ، توفي ببغداد سنة ١٦٤ هـ (تذكرة الحُفَّاظ : ١١/ ٢٢٢) .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٤) غير واضحة في (ق) ، و(س) .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٥ ، التفريع : ١/ ١٩٢ ، الكافي ص ٢٠ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨ .

(٧) انظر الأم : ١/ ٣٠ ، مختصر المزني ص ٣ .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٩) انظر : المدونة : ١/ ١٥ ، التفريع : ١/ ١٩١ ، الكافي ص ٢٠ .

الماء عن قدر الكفاية ، وفي النسيان يبني طال أم لم يطل صلى أم لم يصل ، وفي عجز الماء [يبنى] [(١)] ، ما لم يطل لأن الناسي لا صنع له في نسيانه ، ومن عجز الماء عن قدر كفايته [لم يلزمه استعماله] [(٢)] للتحرز [(٣)] بإعداد قدر الكفاية ، وفي حد الطول المعتبر في ذلك روايتان : إحداهما الرجوع إلى العرف في القرب أو التفاحش ، والأخرى ما لم يجف وضوؤه ، فوجه الأولى أن كل أمر فرق بين قليله وكثيره ، واحتيج إلي فاصل بينهما لم يرد الشرع به فالمرجوع فيه إلي العرف كالعمل في الصلاة وغيره ، ووجه الثانية أن ما لم يجف وضوءه لم يخرج عن حد التقارب لأنه لو تباعد لم يبق على رطوبته ، وحكم الغسل والوضوء في ذلك واحد .

مسألة [٢٦ - الفرض في عدد تطهير الأعضاء] :

الفرض تطهير الأعضاء مرة ، والفضل في تكرار مغسولها مرتين وثلاثاً ، ولا فضيلة في تكرار الممسوح كله ، ولا فيما زاد على الثلاث من مغسوله [(٤)] ، فأما الدليل على وجوب المرة ، فلأن بحصولها يكون فاعلاً وبعدمها يخرج عن وقوع الاسم عليه ، فإذا ثبت أن عليه أن يغسل أعضاءه لقوله تعالى : ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ [(٥)] الآية ، وبالأخبار [(٦)] ، والإجماع [(٧)] ، وكان أقل ما يتناوله الاسم مرة ، وفي انتفائها انتفاء الاسم فوجب فعلها ، وكذلك روي أنه صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة، وقال: « هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به »[(٨)] .

---

(١) بياض في (ق) ، و(س) .

(٢) طمس في (ق) ، و(س) وأكمل النقص من الإشراف : ١/ ٣٥ .

(٣) العبارة هكذا موجودة في (س) ، وفي (ق) مطموسة .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٢ ، الرسالة (٩٨) ، التفريع : ١/ ١٩٠ ، الكافي ص ٢١ .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) التي سبق ذكرها .

(٧) انظر : مراتب الإجماع - لابن حزم ص ١٩ ، شرح مسلم - للنووي : ٢/ ٢١٣ ، المغني : ١/ ١٣٩ ، فتح الباري : ١/ ١٨٨ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٨) .

فصــل [٢٧ - الزيادة على المرة في غسل أعضاء الوضوء] :

وأما الدليل على أن ما زاد عليها فضيلة فقوله صلى الله عليه وسلم لما توضأ مرتين : « من توضأ مرتين آتاه الله أجره مرتين » [(١)] ، وقوله - لما توضأ ثلاثاً - « هذا وضوئي ووضوء الأنبياء قبلي ووضوء أبي إبراهيم » [(٢)] ، بيَّن حكم الأعداد ومراتبها في الفرض والكمال ، فجعل حكم الواحدة الفرض وما زاد عليها ، فحكمه حكم [(٣)] الفضل .

فصــل [٢٨ - الزيادة على التثليث في الوضوء] :

وأما الدليل على أن ما زاد على الثلاث فلا فضيلة فيه لقوله في الثالثة : «هذا وضوئي ووضوء الأنبياء قبلي ووضوء أبي إبراهيم » [(٤)] ، ونسبته إياه إليه عليه السلام وإلى الأنبياء قبله يفيد أنه الغاية في بابه ، وروي : « الوضوء مرة ومرتين وثلاثاً ومن زاد فقد آساء وظلم » [(٥)] .

فصــل [٢٩ - تكرار مسح الرأس] :

فأما الدليل على أنه لا فضيلة في تكرار مسح الرأس ثلاثاً خلافاً للشافعي[(٦)] ،

---

(١) ، (٢) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (١١٧) .

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (١١٧) .

(٥) الحديث الوارد بهذه العبارة : « ومن زاد فقد أساء وظلم » ، روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاء أعرابي إلي النبي ﷺ يسأله عن الوضوء فآراه الوضوء ثلاثاً ثم قال : « هكذا الوضوء ، فمن زاد على هذا فقد آساء وظلم أو ظلم وأساء » أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الوضوء ثلاثاً : ١/ ٣٠ ، والنسائي في الطهارة ، باب : الاعتداء في الوضوء : ١/ ٧٥ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : القصد في الوضوء : ١/ ١٤٦ .

والحديث صحيح عند من يصحح حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لصحة الإسناد إلى عمرو (نصب الراية : ١/ ٢٩ ، تلخيص الحبير : ١/ ٨٣) .

وكما يلاحظ فإن الحديث ليس فيه الوضوء مرة ومرتين .

(٦) انظر : الأم : ١/ ٢٦ ، مختصر المزني (ص٢) .

فما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم غسل أعضاءه كلها ثلاثاً ومسح برأسه مرة»[1] ، والذي روي : « أنه صلى الله عليه وسلم مسح ثلاثاً » [2] ، محتمل للتكرار من غير تجديد ماء ، ولأنه مسح في الوضوء كالمسح على الخفين والجبائر، ولأنه مسح أوجبه الحدث كالتيمم ، وبذلك فارق الاستجمار ، ولأن موضع المسح التخفيف فلا يجوز أن يكون من سنته ما يخرجه عن موضوعه والتكرار تغليظ .

فصل [٣٠ - الغسل من الجنابة] :

الغسل من الجنابة فريضة لقوله تعالى : ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ [3] ، وقوله : ﴿ حتى تغتسلوا ﴾ [4] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الماء من الماء»[5] ، وقوله - وسئل عن المرأة تحتلم هل عليها الغُسل - فقال : « نعم إذا رأت الماء » [6] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وأنقوا البشرة » [7] ، وذلك معلوم من دين الأُمة ضرورة .

---

(١) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : صفة وضوء النبي ﷺ : ١/ ٨٢ ، والنسائي في الطهارة ، باب : غسل الوجه : ١/ ٥٨ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في مسح الرأس : ١/ ١٥٠ ، والترمذي في الطهارة ، باب : وضوء النبي ﷺ ، وقال الهيثمي: إسناده حسن .

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : صفة وضوء النبي ﷺ : ١/ ٨١ ، والدارقطني : ١/ ٩١ ، والبيهقي : ١/ ٦٣ ، وفيه عبد الرحمن بن وردان . قال أبو حاتم: ما به بأس ، وقال ابن معين : صالح ووثقه ابن حبان (تلخيص الحبير : ١/ ٨٤) .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٤٣ .

(٥) أخرجه مسلم في الحيض ، باب : « إنما الماء من الماء » : ١/ ٢٦٩ .

(٦) أخرجه البخاري في الغسل ، باب : إذا احتملت المرأة : ١/ ٧٤ ، ومسلم في الحيض ، باب : وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها : ١/ ٢٥٠ .

(٧) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : في الغسل من الجنابة : ١/ ١٧٣ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : تحت كل شعرة جنابة : ١/ ١٩٦ ، والترمذي في الطهارة ، =

فصل [٣١ - سقوط الوضوء] :

فإذا أحدث الجنب أو أجنب المحدث لم يلزمه وضوء مع غُسله لقوله تعالى : ﴿ حتى تغتسلوا ﴾ [١] ، ولم يوجب غير الغُسل ، ولأن الحدث الأصغر يدخل في الحدث الأكبر بدليل أن الحدثين المتساويين يتداخلان ، فالأصغر بأن يدخل في الأكبر أولى .

فصل [٣٢ - صفة الغُسل] :

والفرض على الجنب تعميم ظاهر بدنه بالغُسل [٣] ، ويستحب [٤] له أن يبدأ بغسل يديه ، ثم يتنظف من أذى إن كان به ، ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ، ثم يخلل أصول شعره بالماء ، ثم يوالي الصب عليه ، وإنما اخترنا ذلك لأنها صفة غسله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة [٥] ، وأُم سلمة [٦] رضي الله عنهما ، وكل من وصف غُسله ، وإن لم يغتسل على هذه الصفة وعم بدنه أجزأه.

فصل [٣٣ - صفة اغتسال المرأة من الحيض] :

وصفة اغتسال المرأة من الحيض كصفة اغتسالها من الجنابة ، فإن كان شعرها منسدلاً أمرَّت يديها عليه ، وإن كان معقوصاً لم تنقضه ولكن تحفن الماء عليه

= باب: ما جاء أن تحت كل شعرة جنابة ، قال أبو داود : فيه الحارث بن وجيه ، حديث منكر وهو ضعيف .

(١) انظر : الرسالة (ص٩٩) ، التفريع : ١/ ١٩٧ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٤٣ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٣٣ ، الذخيرة : ١/ ٣٠٩ .

(٤) انظر الرسالة (ص٩٩) ، التفريع : ١/ ١٩٤ ، الكافي ص ٢٤ - ٢٥ .

(٥) أخرجه البخاري في الغُسل ، باب : الوضوء قبل الغسل : ١/ ٦٨ ، ومسلم في الحيض ، باب : صفة غُسل الجنابة : ١/ ٢٥٣ ، ومالك : ١/ ٤٤ .

(٦) أخرجه مسلم في الطهارة ، باب : في وضوء النبي ﷺ : ١/ ٢١٠ .

وتضغثه [1] بيديها مع كل حفنه ، وذلك روي في تعليمه صلى الله عليه وسلم أم سلمة الغسل لما قالت له انقض شعري في الغُسل فقال : « إنما يكفيك أن تحثي الماء عليه وتفضيه على جسدك فإذا بك طهرت » [2] .

فصل [٣٤ - إلزام الدلك على المغتسل] :

ويلزمه إمرار يديه على بدنه في الغُسل وأعضائه في الوضوء ، فإن اقتصر على مجرد الانغماس [3] أو صب الماء فلا يجزيه [4] خلافاً لأبي حنيفة [5] ، والشافعي [6] ، لأن عليه إيصال [7] الماء إلى بدنه على وجه يسمى غُسلاً لا غمساً وذلك يقتضي صفة زائدة على إيصال [8] الماء ، لأن أهل اللغة قد فرقوا بين الغسل والغمس ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة أُم المؤمنين رضي الله عنها : « وادلكي جسدك بيديك » [9] والأمر على الوجوب .

فصل [٣٥ - ما يكره من الماء في الغُسل] :

ويكره [10] للجنب أن يغتسل في الأبار الصغار القليلة الماء [11] ، وفي الماء

(١) الضغث - بالفتح - : الخلط ، ومعنى تضغثه يعني تداخله الماء (غرر المقالة ص ٩٩) .

(٢) أخرجه مسلم في الحيض ، باب : حكم ضفائر المغتسل : ١/ ٢٥٥ ، بلفظ قريب منه .

(٣) الاغتماس في (م) .

(٤) انظر الرسالة (ص ١٠٠) ، التفريع : ١/ ١٩٤ ، الكافي ص ٢٥ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي (ص ١٩) .

(٦) انظر : الأم : ١/ ٤٠ ، مختصر المزني (ص٥) .

(٧) ، (٨) اتصال في (م) .

(٩) ذكره ابن حزم في المحلي (٢/ ٤٥) ، وأعله وهو غريب جداً (مسالك الدلالة ص ٢٦) .

(١٠) المكروه ضد المستحب وهو ما كان في تركه ثواب ، ولم يكن في فعله عقاب (المقدمات : ١/ ٦٤ ، والجامع من هذا الكتاب) .

(١١) أما إن كانت كبيرة كثيرة الماء ، فلا بأس به (التفريع : ١/ ١٩٥) .

الدائم ، فإن فعل أجزأه [١] ، وإنما كرهنا له ذلك لجواز أن يكون قد بقى على فرجه نجاسة فتحل في الماء الدائم ، ولأنه يصير مستعملاً واستعمال الماء المستعمل في الطهارة مكروه [٢] .

فصـل [٣٦ - قدر الماء الذي تحصل معه الكفاية في الوضوء والغُسل] :

وليس في قدر ما تحصل معه الكفاية في الوضوء والغسل من الماء حد مضروب[٣] ، وإنما هو موكول إلى حال المستعمل من رفقه وخوفه ، والأصل[٤] فيه قوله تعالى : ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ [٥] الآية ، وقوله تعالى : ﴿ حتى تغتسلوا ﴾ [٦] ، فأطلق ، وكذلك الأخبار إلا أنه يستحب في الجملة الاقتصاد دون الإسراف لأنها صفة فعله صلى الله عليه وسلم [٧] .

* * *

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ١٩٥ ، الكافي ص ٢٥ .

(٢) وهو لا يجوز مطلقاً عند الحنفية والشافعية ، ويجوز مطلقاً عند أبي ثور والظاهرية (بداية المجتهد : ١/ ٢٠) .

(٣) انظر : الرسالة (ص ٨٨) ، الكافي (ص ٢٥) .

(٤) أي والدليل فيه .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٤٣ .

(٧) فقد كان صلى الله عليه وسلم يغتسل بالصاع ويتوضأ بالمد : أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : الوضوء بالمد : ١/ ٥٨ .

باب [1] : المسح على الخفين [2]

المسح على الخفين جائز في السفر لثبوت الرواية عن النبي ﷺ [3] ، والسلف قولاً وفعلاً ، وعنه [4] في جوازه للمقيم روايتان [5] : إحداهما المنع والأخرى الجواز ، فوجه المنع أن تجويزه في السفر للضرورة التي تختص المسافر من خوف انفكاكه عن الرفقة متى تشاغل بخلعهما كل وقت أداء الطهارة ، وذلك معدوم في الحضر ، ولأن السفر يختص بأشياء من الرخص لا تجوز في الحضر كالقصر والفطر وغيرهما وكذلك المسح ، ووجه الجواز - وهو النظر - قول النبي ﷺ : « يمسح المسافر والمقيم على خفيه » [6] ، وقوله : « إذا أدخلت رجليك في الخفين وأنت طاهر فامسح عليهما وصل فيهما ما لم تخعلهما أو تصبك جنابة» [7] و« لأنه صلي الله عليه وسلم مسح على الخفين في الحضر » [8] ، ولأنه

---

(١) أي هذا باب ويطلق على الصنف ، ومجموعة الأبواب تؤلف الكتاب وتحت الباب فصول (الفواكه الدواني : ١/١٠٨) .

(٢) الخف لغة : شيء يخالف الثقل والرزانة ، أما الخف فمنه ، وهو لابسه لأن الماشي يخف (معجم مقاييس اللغة : ٢/ ١٥٤) .

(٣) مثل حديث المغيرة بن شعبة الذي أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : المسح على الخفين : ١/ ٥٩ ، ومسلم في الطهارة ، باب : المسح على الخفين : ١/ ٢٢٩ .

(٤) يقصد عن الإمام مالك .

(٥) انظر المدونة : ١/ ٤٥ ، الكافي ص ٢٦ .

(٦) هذا الحديث بهذا النص لم أجده ، لكن روي أن رسول الله ﷺ أرخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن وللمقيم يوماً وليلة .. أخرجه ابن خزيمة وابن حبان والدارقطني والبيهقي : ١/ ١١٤ ، ونقل البيهقي أن الشافعي صححه (تلخيص الحبير : ١/١٥٣) .

(٧) أخرج الدارقطني (١/ ٢٠٣) ، والحاكم (١/ ١٨١) حديثاً قريباً منه في المعنى ، وقال الحاكم : على شرط مسلم .

(٨) هذا في حديث بلال الذي أخرجه البيهقي (١/ ٢٧٥) .

مسح في طهارة الحدث فاستوى فيه الحاضر والمسافر كالمسح على العصائب والجبائر .

فصـل [١ - جواز المسح على الخفين للنساء] :

والرجال والنساء فيه سواء لما روي أنه : « صلى الله عليه وسلم : أرخص في المسح على الخفين » (١) ، وأطلق ، ولأنه مسح في طهارة الحدث كسائر الطهارات .

فصـل [٢ - توقيت المسح على الخفين] :

وليس فيه توقيت بمدة من الزمان لا في السفر ولا في الحضر (٢) ، خلافاً لأبي حنيفة (٣) ، والشافعي (٤) ، لقوله : « إذا أدخلت رجليك في الخفين وأنت طاهر فامسح عليهما وصل فيهما ما لم تنزعهما أو تصبك جنابة » (٥) ، فأطلق ولم يؤقت ، وفي حديث أبي بن عمارة (٦) : « امسح ما بدا لك » (٧) ، واعتباراً بالمسح على الجبائر والعصائب (٨) بعِلَّة أنه رخص فيه للضرورة .

---

(١) حديث أبي بكرة أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في توقيت في المسح: ١/ ١٨٤ ، ونقل الترمذي في العلل عن البخاري أنه قال : حديث حسن .

(٢) انظر المدونة : ١/ ٤٥ ، التفريع : ١/ ١٩٩ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي (ص٢١) .

(٤) انظر : الأم : ١/ ٣٤ ، مختصر المزني ص ٩ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) في (م) : أبي عمارة وهو تصحيف .

(٧) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : توقيت في المسح : ١/ ١٠٩ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في المسح بغير توقيت : ١/ ١٨٥ ، وهذا الحديث فيه مقال ، قال الإمام أحمد : حديث أبي بن عمارة ليس بمعروف الإسناد . (نصب الراية : ١/ ١٧٨).

(٨) العصائب سقطت من (م) .

فصل [٣ - استحباب خلع الخفين كل جمعة] :

إذا ثبت أنه لا توقيت فيه فيستحب خلعه كل جمعة ليغتسل [١] لها [٢] ، والغسل لا يكون فيه مسح على كل حال ، وكذلك في حديث عقبة بن عامر لما سأله عمر رضي الله عنه : منذ كم لم تخعلهما ، فقال : منذ الجُمعة إلى الجُمعة، فقال : أصبت السُّنَّة [٣] .

فصل [٤ - شروط المسح على الخفين] :

والشرط الذي يجوز معه المسح : أن يبتديء لبسهما بعد كمال الطهارة ، فإن لبسهما أو أحدهما وقد بقي عليه شيء من وضوء فليس له المسح [٤] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه إن غسل أعضاءه وإحدى رجليه ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فإنه يجوز له المسح [٥] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « دعهما فإني أدخلتهما وهما طاهرتان » [٦] ، ولأنه لبس ابتديء قبل كمال الطهارة فلم يجز المسح فيهما دليله [٧] إذا لبسهما قبل غُسل الرجلين .

فصل [٥ - متى ينتقض المسح على الخفين] :

إذا مسح عليهما على الشرط الجائز فلا ينقض المسح إلا بخلعهما أو ما يؤدي إلى خلعهما وهو الجنابة والحيض والنفاس [٨] ، والذي يدل على أن خلعهما

---

(١) في (م) : ليغسل .

(٢) انظر : المدونة : ١/٤٥ ، الكافي ص ٢٦ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك : ١/١٨١ ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

(٤) انظر : الرسالة (١٠٥) ، التفريع : ١/١٩٩ ، الكافي ص ٢٦ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي (ص ٢١) ، ترتيب الصنائع (١/ ١٠٠) .

(٦) سبقت الإشارة إلى هذا الحديث في الصفحة (١٣٥) حديث المغيرة . .

(٧) أي دليله من جهة القياس كما لو لبس الخفين في حالة الوضوء قبل غسل الرجلين فإنه لا يعتمد بوضوئه ، كذلك إذا لبسهما قاصداً المسح عليهما قبل كمال الطهارة .

(٨) انظر : المدونة : ١/٤٥ ، الكافي ص ٢٦ .

ينقض المسح خلافاً لداود [(١)] ، قوله صلى الله عليه وسلم : « ما لم تخعلهما أو تصبك جنابة » [(٢)] ، ولأنه مسح يفعل بدلاً من غسل ، فظهور أصله يبطل حكمه كالجبائر ، وإذا ثبت أن خلعهما يبطل المسح ، فكذلك ما يلزم معه خلعهما لأنه يحتاج إلى الغُسل وذلك غير جائز فيه .

فصـل [٦ - حكم المسح على الجوربين غير المجلدين] :

ولا يجوز المسح على الجوربين غير المجلدين [(٣)] ، خلافاً لمن أجازه [(٤)] ، لقوله تعالى : ﴿ وأرجلكم إلى الكعبين ﴾ [(٥)] ، فعم كل حائل ، ولأنه لا يمكن متابعة المشي فيهما كما لو لف على رجليه خرقة .

فصـل [٧ - حكم المسح على الجرموقين والجوربين المجلدين] :

وعنه في الجرموقين [(٦)] روايتان [(٧)] ، فوجه الجواز ما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم أرخص في المسح على الخفين » [(٨)] ، فعم ، ولأنه خف يمكن متابعة المشي فيه ، فأشبه أن يلي رِجْلَ الماسِح ، ووجه المنع أنه ملبوس تحته ممسوح فلم يجز المسح عليه كالعمامة ، ولأنه مسح نائب عن غُسل فلم يجز على ما يواريه كالقفافيز في التيمم ، وفي الجوربين المجلدين أيضاً روايتان .

---

(١) المحلي : ٢/ ١٣٧ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٣٥) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٤٤ ، التفريع : ١/ ١٩٩ ، الكافي (ص٢٧) .

(٤) قال بجوازه الإمام أحمد . (انظر مسائل الإمام أحمد : ٣٣ ، ومختصر الخرقي ص ٢٠) .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) الجرموق : خف غليظ لا ساق له (الفواكه الدواني : ١/ ١٦٠) ، وهو يلبس فوق الخف .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٤٤ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٣٦) .

فصـل [٨ - صفة المسح على الخفين] :

وصفة المسح على الخفين [١] : أن يأخذ الماء بيديه ثم يرسله ثم يضع يداً تحت الخف ويداً فوقه ويبلغ بيده السفلى إلى الكعبين حد الغُسل [٢] ، وإنما قلنا : إنه يرسل الماء ويقتصر على البلل الباقي على اليدين ، لأن ذلك صفة المسح في كل ممسوح ، وإن شاء غمس يديه في الماء ورفعهما مبلولتين لأن الغرض حاصل في الحالين ، وإنما اخترنا مسح الأعلى والأسفل خلافاً لأبي حنيفة [٣] ، قوله : أن الأسفل ليس بمحل للمسح أصلاً ، لما رواه المغيرة : « أن رسول الله ﷺ مسح أعلى الخف وأسفله » [٤] ، ولأنه موضع من الخف يحاذي المغسول من القدم فوجب أن يكون محلاً للمسح أعلى الخفين [٥] .

فصـل [٩ - في ترك المسح على أسفل الخف وأعلاه] :

وإذا ثبت أن الاختيار مسح الأعلى والأسفل فإن ترك الأسفل واقتصر على الأعلى كره له ذلك واستحببنا له الإعادة في الوقت ، وإن اقتصر على الأسفل فلا يجزيه [٦] ، والأصل فيه قول عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه : « لو كان الدين يؤخذ قياساً لكان باطن الخف أولى بالمسح ، من ظاهره ، ولكن رأيت رسول الله ﷺ يمسح ظاهره » [٧] ، ولأن باطن الخف في حكم النعل وظاهره

---

(١) في (م) : الخف .

(٢) انظر : المدونة : ٤٣/١ ، الرسالة (ص ١٠٥) ، التفريع : ١٩٩/١ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي (ص٢٢) ، مختصر القدوري : ٣٧/١ .

(٤) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : كيف المسح : ١١٦/١ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : في مسح أعلى الخف وأسفله : ١٨٣/١ ، والترمذي في الطهارة ، باب : في المسح على الخفين أعلاه وأسفله ، وقال الترمذي : حديث معلول : ١٦٢/١ .

(٥) في (م) : الخف .

(٦) انظر : المدونة : ٤٣/١ ، التفريع : ١٩٩/١ ، الكافي : ٢٧ .

(٧) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : كيف المسح : ١١٤/١ ، وقال الحافظ ابن حجر : إسناده صحيح (تلخيص الحبير : ١٦٠/١) .

في حكم الخف بدليل أن المحرم تلزمه الفدية بلبس الخف ولا يلزمه بلبس النعل ، وقد ثبت أنه لو لبس خفاً ليس له ظهر قدم وله أسفل قدم أنه لا فدية عليه [1] ، ولو لبس خفاً ليس له ظهر قدم وله أسفل قدم لما لزمته الفدية ، فإذا ثبت ذلك كان الموضع الذي هو في حكم الخف هو الذي يتعلق به حكم الجواز دون حكم الموضع الذي هو في حكم النعل ، والله أعلم .

* * *

(١) في (م) : لما لزمته الفدية .

باب : « المسح على العصائب والجبائر » (١)

المسح على العصائب (٢) والجبائر (٣) جائز (٤) ، إذا خيف الضرر بنزعهما ومباشرة العضو بالماء ، لما روي في حديث عليّ رضي الله عنه أنه قال : «انكسرت إحدى زندي فأمر بي رسول الله ﷺ أن أمسح على الجبائر » (٥) ، ولأن ضررهما أعظم من ضرر المسح على الخفين للحاجة إلى استدامة لبسهما والخوف على العضو من إصابة الماء .

فصل [١ - عدم اشتراط الطهارة في المسح على الجبائر والعصائب] :

وليس من شرطهما أن تشد على طهارة (٦) ، بخلاف المسح على الخفين لأن الخبر مطلق غير مقيد ، ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم سأل ولا استقصى ، ولأن سببهما غير موقوف على اختيار من يوجد به بخلاف الخف .

---

(١) عنوان الباب من (م) .

(٢) العصائب : من العصب ، وهو الشد ومنه عصابة الرأس لما يشد به (المصباح المنير: ٢/٤١٣ ، الفواكه الدواني : ١/١٦٣) .

(٣) الجبائر : وهي أخشاب أو نحوها تربط على الكسر ونحوه (المصباح المنير : ١/٨٩، الفواكه الدواني : ١/١٦٣) .

(٤) انظر : المدونة : ١/٢٥ ، التفريع : ١/٢٠٢ ، الكافي ص ٢٧ ، وقوله : جائز بمعنى المشروع لا بالمعنى المقابل للمكروه والحرام .

(٥) أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : المسح على الجبائر : ١/٢١٥ ، وفيه عمرو ابن خالد وهو متروك (نصب الراية : ١/١٨٦) .

(٦) انظر : التفريع : ١/٢١٥ ، الكافي ص ٢٨ ، وخالف في ذلك بعض العلماء ، منهم الشافعية .

فصل [٢ - لا إعادة على من صلى بالمسح على الجبائر والعصائب] :

ولا إعادة على من صلي بالمسح عليهما [1] خلافاً للشافعي [2] ، لأنه يطهر بطهارة مثله كالتيمم ، ولأنه حائل يجوز المسح عليه كالخفين .

* * *

---

(١) انظر : الذخيرة : ١/٣١٩ .

(٢) انظر : مختصر المزني (ص ٧) ، المذهب : ١/٣٧ .

باب : التيمم

التيمم [1] : جائز عند عدم الماء ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ [2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو لم يجد الماء عشر حجج » [3] ، ولا خلاف في ذلك في السفر [4] .

فصل [١ - التيمم في الحضر] :

وأما في الحضر فيجوز عندنا إذا عدم الوصول إليه [5] ، خلافاً لأبي حنيفة [6] حين منعه لغير المحبوس والمريض ، لقوله عز وجل : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ [7] ، فعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الصعيد الطيب وضوء المسلمين ولو لم يجدوا الماء عشر حجج » [8] ، ولأنه عادم للماء كالمسافر .

---

(١) التيمم في اللغة : القصد ، ونقل في عرف الفقهاء إلى مسح الوجه واليدين بشيء من الصعيد (غرر المقالة ص١٠١ ، المغرب ص ٢٨) .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٣) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الجنب يتيمم : ١/ ٢٣٦ ، والنسائي في الطهارة ، باب : الصلوات بتيمم واحد : ١/ ١٣٩ ، والترمذي في الطهارة ، باب : ما جاء في التيمم للجنب . . . وقال : حسن صحيح (١/ ٢١٢) .

(٤) حكى الإجماع صاحب المغني : ١/ ٢٣٣ ، المجموع : ٢/ ٢٢٤ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٤٧ ، الرسالة (ص ١٠٢) ، التفريع : ١/ ٢٠١ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠ ، مختصر القدوري : ١/ ٣٠ .

(٧) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً مع وجود اختلاف يسير في اللفظ .

فصــل [٢ - لا إعادة على من تيمم في الحضر] :

ولا إعادة عليه (١) خلافاً للشافعي (٢) ، لأنها صلاة لزم آداؤها بالتيمم فوجب أن يسقط فرضها كصلاة المسافر .

فصــل [٣ - تيمم المريض] :

والمرض مؤثر في جواز التيمم بغير خلاف (٣) إذا خيف منه التلف باستعمال الماء ، فأما إذا خيف من زيادة المرض فيجوز عندنا التيمم معه (٤) خلافاً للشافعي(٥) ، لقوله عزَّ وجَلَّ : ﴿ وإن كنتم مرضى ﴾ (٦) فعم ، ولأن حرمة النفس أعظم من حرمة المال ، وقد ثبت أنه لو وجد الماء بما يلحقه ضرر في ماله لم يلزمه شراؤه ،فكان بأن يسقط عنه استعمال لضرر في بدنه أولى ، واعتباراً بخوف التلف ، ولأنها طهارة جوزت لضرورة ، فلم يفترق الحكم فيها بين خوف التلف وزيادة المرض أصله المسح على الجبائر .

فصــل [٤ - التيمم للمحدث والجنب] :

لا خلاف في جواز التيمم للمحدث ، فأما الجنب فيجوز له التيمم عندنا (٧)، وحكي عن عمر (٨) ، وابن مسعود (٩) منعه ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ (١٠) ، فعم كل ملامس ، وقوله صلى الله عليه

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٤٧ ، الرسالة ص ١٠٢ ، التفريع : ١/ ٢٠٣ .

(٢) انظر : المذهب : ١/ ٤٣ .

(٣) انظر : المغني : ١/ ٢٥٧ ، المجموع : ٢/ ٢١٣ .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٨ ، الذخيرة : ١/ ٣٣٩ .

(٥) انظر : الأم : ١/ ٤٢ ، المجموع : ٢/ ٣١٤ .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٤٨ ، الرسالة ص ١٠٤ ، الكافي ص ٢٨ .

(٨) ، (٩) مصنف ابن أبي شيبة : ١/ ١٥٧ ، المغني : ١/ ٢٥٧ .

(١٠) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

وسلم لعمار : « وإنما يكفيك هكذا وهكذا » [1] ، ووصف له التيمم ، ولأنه محدث عادم للماء فأشبه الحدث الأصغر .

فصل [٥ - أعضاء التيمم] :

التيمم يفعل في عضوين وهما : الوجه واليدان فقط لقوله تعالى : ﴿ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ﴾ [2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « التيمم ضربتان: ضربة للوجه ، وضربة لليدين إلى المرفقين » [3] ، وفي حديث عمَّار : « إنما يكفيك ضربة لوجهك ويديك » [4] .

فصل [٦ - صفة التيمم] :

والفرض للوجه [5] إيعابه ، للظاهر [6] ، والخبر [7] ، ولأنها طهارة من حدث كالوضوء ، فأما اليدان فقيل : إلى المرفقين ، وقيل : إن تيمم إلى الكوعين [8] أجزاه [9] ، فوجه الأول قوله عزَّ وجَلَّ : ﴿ وأيديكم ﴾ [10] ،

---

(١) أخرجه البخاري في التيمم ، باب : التيمم ضربة (١/٩١) ، ومسلم في الحيض ، باب : التيمم (١/ ٢٨٠) .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٣) أخرجه الدارقطني (١/١٨١) ، والحاكم في المستدرك (١/ ١٨٠) ، قال الحاكم : صحيح الإسناد ، وقال الدارقطني : رجاله كلهم ثقات (نصب الراية ١/ ١٥١) .

(٤) أخرجه البخاري في التيمم ، باب : التيمم ضربة (١/٩١) ، ومسلم في الحيض ، باب : التيمم (١/٢٨١) .

(٥) في (م) : في الوجه .

(٦) من قوله تعالى : ﴿ فامسحوا بوجوهكم ﴾ وهو أن الوجه يستوعب الجميع ، لأنه لا يقال لمن مسح خديه فقط أنه مسح وجهه .

(٧) للأخبار التي سبق ذكرها قريباً .

(٨) الكوع : هو طرف الزند مما يلي الإبهام (معجم مقاييس اللغة : ٥/١٤٧) .

(٩) انظر : المدونة (١/٤٧) ، التفريع (١/٢٠٢) ، الكافي (ص٢٩) .

(١٠) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

واسم اليد يقتضي إلى المناكب ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « التيمم ضربتان: ضربة للوجه ، وضربة لليدين إلى المرفقين » (١) ، ولأنه بدل يفعل في محل مبدله ، فكان في الاستيعاب كمبدله أصله الوجه .

ووجه رواية الكوعيين : قوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وأيديكم ﴾ (٢) ، واسم اليد الأخص به إلى الكوع ، ولأن الأخذ بأوائل الأسماء واجب ، والاسم يقع على الكوع ، وفي حديث عمار : « إنما يكفيك ضربة لوجهك وكفيك » (٣) ، ولأنه حكم علق على مطلق اسم اليد ، فوجب أن يقتصر به على الكوعين كالقطع ، ولأنها طهارة عن حدث فوجب أن يكون مقدار فرض اليدين فيها قدراً يختص به أصله سائر طهارات الأحداث .

فصل [٧ - النية في التيمم] :

والنية في التيمم واجبة ، وينوي الجنب والمحدث به استباحة الصلاة دون رفع الحدث ، فإن نوى الجنب استباحة الصلاة من الحدث الأصغر ، ففيها روايتان(٤) إحداهما : أنه لا يجزيه (٥) لأنه أضعف من الغُسل ، ولا تنوب نية الأضعف عن نية الأقوى ، والأخرى أنه يجزيه لأنهما حدثان موجبهما واحد وهو التيمم ، فإذا نوى أحدهما أجزأه عن الآخر كالمحدث ببول ونوم (٦) ينوي بوضوئه أحدهما .

فصل [٨ - التيمم للمجدور والمحصوب] :

المجدور (٧) والمحصوب (٨) إذا خافا التلف أو زيادة المرض جاز لهما التيمم لما

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) انظر : الكافي (ص٢٩) ، الذخيرة (٣٥١/١) .

(٥) في (م) : لا يجوز .

(٦) في (ق) ، و(م) : ببول وبنوم .

(٧) المجدور : من به الجدري وهي قروح تنفط عن الجلد ممتلئة ماء ثم تنفخ (المصباح المنير : ٩٣/١) .

(٨) المحصوب : من الحصبة وهي بثرة تخرج بالجسد (معجم مقاييس اللغة: ٢/ ٧٠).

قدمناه ، وكذلك كل من به عِلّة يخاف معها الضرر باستعمال الماء ، وللجنب الصحيح إذا خاف التلف أو المَرض من شدة البرد أن يتيمم لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [1] ، وقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم﴾[2] .

فصل [٩ - المريض الذي لا يجد من يناوله الماء] :

والمريض إذا قدر على استعمال الماء ولم يجد من يناوله إياه تيمم لأنه كالعادم، وكذلك الخائف من لصوص أو سباع (متى خرج إليه) [3] ، ويستحب لهما الإعادة في الوقت إذا زالت أعذارهما بخلاف المريض الذي يخاف الضرر لأن عذرهما أضعف ، ولإمكان أن يكون الأمر بخلاف ما يظنه الخائف ولتفريط المريض بتركه بإعداد من يناوله الماء إذا أراده أو من يقر به منه .

فصل [١٠ - إذا وجد الماء بثمن] :

وإذا وجد الماء بثمن مثله أو ما يقاربه لزمه شراؤه إذا قدر عليه [4] ، لأن القدرة على ثمن الشيء كالقدرة على الشيء نفسه أصله الرقبة في الكفارة أنه لا يجوز له الصوم مع كونها في الملك أو ثمنها ، وإن وجده غالباً متفاحش الغلاء لم يلزمه وعدل إلى التيمم .

فصل [١١ - العادم للماء] :

العادمون للماء ثلاثة : منهم من يدخل الوقت عليه وهو راج له يغلب على ظنه وصوله إليه في الوقت [5] ، فيستحب له تأخير التيمم ليجمع بين الوقت والطهارة الكاملة لأن مراعاة كمال الطهارة أولى من مراعاة فضيلة أول الوقت ،

---

(١) سورة الحج ، الآية : ٧٨ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

(٣) ما بين القوسين سقط من (ق) .

(٤) انظر : المدونة : (١/ ٥٠) ، التفريع (١/ ٢٠١) ، الكافي (ص٢٨) .

(٥) في الوقت سقطت من (ق) .

ومنهم من يغلب على ظنه أنه لا يجده حتى يخرج الوقت فيستحب له أن يقدم التيمم لأن في تأخيره فوت الأمرين ، ومنهم من هو بين الخوف والرجاء لا يغلب على ظنه أحد الأمرين فيتيمم وسط الوقت لأنه لم تبلغ فيه قوة الرجاء أن يؤخره ولا ضعفه أن يقدمه فاستحب له الوسط [1] .

فصـل [١٢ - المتيمم يجد الماء في الوقت] :

إذا تيمم ثم وجد الماء في الوقت فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يجده قبل الشروع في الصلاة أو بعد الشروع فيها أو بعد الفراغ منها ، فإن وجده قبل الشروع فيها بطل تيممه ولزمه استعماله لقوله صلى الله عليه وسلم : « التراب كافيك ما لم تجد الماء » [2] ، وهذا واجد ، وقوله : « إذا وجدت الماء فأمسه جلدك » [3] ، وإن وجده حال تشاغله بالصلاة مضى عليها [4] خلافاً لأبي حنيفة [5] ، لأنه حال لا يلزمه فيها طلبه كبعد الفراغ ، وإن وجده بعد الفراغ ، فكذلك أيضاً خلافاً لطاوس [6] ، لأنها صلاة أديت بطهر صحيح ، فلم يلزم إعادتها أصلاً إذا أديت بالوضوء أو إذا وجد الماء بعد الوقت .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٤٧ ، المقدمات : ١/ ١٢١ ، الكافي ص ٢٨ .

(٢) أخرجه البخاري في التيمم : ١/ ٩١ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢٤) ، وهو جزء من حديث : « الصعيد الطيب وضوء المسلم . . . » .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٥٠ ، التفريع : ١/ ٢٠٣ ، الكافي ص ٣٠ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١ ، مختصر القدوري : ١/ ٣٢ .

(٦) انظر : المحلي : ٢/ ١٦٩ ، وقال به أيضاً سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي .

وطاوس : هو أبو عبد الرحمن الفارسي ، اليمني الجندي الحافظ ، عالِم اليمن ، سمع من زيد وعائشة وأبي هريرة ، روي عنه : عطاء ، ومجاهد ، وخلق سواهما (ت ١٠٦ هـ) (شذرات الذهب : ١/ ١٣٣ ، سير أعلام النبلاء : ٥/ ٣٨) .

فصل [١٣ - وجوب طلب الماء] :

وعليه أن يطلب الماء [١] خلافاً لأبي حنيفة [٢] ، لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ فلم تجدوا ماء ﴾ [٣] ، وهذا يفيد وجوب الطلب [٤] ، ولأنه بدل مرتب فلم يجز الانتقال إليه إلا بعد طلب المبدل وإعوازه [٥] ، كالصوم في الكفارة .

فصل [١٤ - التيمم قبل دخول الوقت] :

ولا يجوز التيمم قبل دخول الوقت [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، لقوله تعالى : ﴿ إذا قمتم إلي الصلاة فاغسلوا ﴾ إلى قوله : ﴿ فتيمموا ﴾ [٨] ، وذلك لا يكون إلا بعد دخول الوقت ، ولأنه تيمم لفرضه مع الاستغناء عنه فأشبه حال وجود الماء .

فصل [١٥ - الجمع بين فرضين بتيمم واحد] :

ولا يجوز الجمع بين صلاتين فرض بتيمم واحد [٩] ، لأن التيمم لا يرفع الحدث ، وإنما يبيح الصلاة فلم يستبح به إلا أقل ما يكن فيه ، ولو أبيح ذلك لأدى إلى سقوط الطلب أو تقديم التيمم على الوقت .

---

(١) انظر : المقدمات : ١/١١٨ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء - للسمرقندي : ٢/٣٨ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٤) لأنه لا يقال : لم يجد إلا بعد الطلب ، والله سبحانه رتب جواز التيمم على عدم وجدان الماء ، فدل على أن البحث عنه والطالب له مأمور به .

(٥) أعوانه في (ق) ، والأعوار : أعوزه الشيء إذا احتاج إليه فلم يقدر عليه ، والإعواز : الفقر (الصحاح : ٣/٨٨٨) .

(٦) انظر : التفريع : ١/٢٠٣ ، الكافي ص ٣٠ .

(٧) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/٤٦ .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٩) انظر : المدونة : ١/٥٢ ، الرسالة ص ١٠٢ ، التفريع : ١/٢٠٣ .

فصــل [١٦ - الجمع بين نوافل أو فوائت كثيرة بتيمم واحد] :

ويجوز أن يجمع بين نوافل كثيرة (بتيمم واحد) [١] في فور واحد ما لم يقطعه أو يطل به [٢] ، لأنه غير مختص بوقت ، ولأن جنسه يجري مجرى الصلاة الواحدة ، فإذا خرج عن فوره أو طال استأنف له تيمماً ، لأن ذلك يجري مجرى الفراغ من المكتوبة ، فيحتاج إلى تيمم لاستئناف أخرى ، فأما الجمع بين الفوائت ففيه خلاف بين أصحابنا [٣] : فمن أجازه جعلها جنساً كالنفل، ومن منعه اعتبره بالفرائض الحاضرة .

فصــل [١٧ - ما يتيمم عليه] :

الصعيد الذي يتيمم به : هو الأرض وجميع أنواعها من تراب وجص [٤] ورمل وحجارة وصخر وغير ذلك [٥] ، (خلافاً للشافعي [٦] في قوله : هو التراب لا غير ذلك) [٧] ، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ [٨] ، قال أهل اللغة : الصعيد وجه الأرض كان عليها تراب أو لم يكن [٩] ، قال الزجاج : لا خلاف بين أهل اللغة في ذلك [١٠] ، وقوله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) ما بين القوسين سقط من (م) .

(٢) انظر التفريع : ١/٢٠٣ ، الكافي ص ٣٠ .

(٣) انظر : المدونة : ١/٥٢ ، الرسالة ص ١٠٢ .

(٤) الجص : ما يبنى به وهو معرب (الصحاح : ٣/١٠٣٢) .

(٥) انظر : المدونة : ١/٥٠ ، الرسالة ص ١٠٢ ، التفريع : ١/٢٠٢ .

(٦) انظر : الأم : ١/٥٠ ، المهذب : ١/٣٢ .

(٧) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٩) معجم مقاييس اللغة : ٣/٢٨٧ ، الصحاح : ٢/٤٩٨ .

(١٠) معجم مقاييس اللغة : ٣/٢٨٧ . **والزجاج** : هو إسحق إبراهيم بن محمد بن السرى الزجاج البغدادي : نحوي زمانه ، لزم المبرد ، صنف كتاب « معاني القرآن » (ت ٣١١ هـ) . (شذرات الذهب : ٢/٢٥٩ ، سير أعلام النبلاء : ١٤/٣٦٠) .

« جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً » [1] ، ولأنه نوع من أنواع الأرض كالتراب .

فصـل [١٨ - إمامة المتيمم للمتوضئين] :

ويكره أن يؤم المتيمم المتوضئين ، فإن فعل أجزاهم [2] ، أما كراهتنا فلأن المتيمم أخفض حالاً من المتوضيء لنقص طهارته وسبيل الإمام أن يكون مساوياً للمأموم أو أعلى ، وأما جوازه فلأن كل من جاز له أن يؤم المتيممين جاز له أن يؤم المتوضئين كالمتوضيء .

فصـل [١٩ - وجود الماء دون الكفاية] :

ومن وجد من الماء دون كفاية تيمم ولم يلزمه استعماله [3] خلافاً للشافعي[4]، لقوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ [5] ، فألزم التيمم عند سقوط استعمال الماء ، (فلما كان التيمم واجباً) [6] في هذا الموضع دل على أن استعمال بعض الماء غير واجب ، ولأنه بدل عن مبدل والجمع بينهما لا يجب كما لو وجد بعض الرقبة لم يلزمه إعتاقها والصوم .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في التيمم : ١/٨٦ ، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة : ١/ ٣٧٠ .

(٢) انظر المدونة : ١/ ٥٢ ، الكافي ص ٤٧ .

(٣) انظر : مواهب الجليل - للحطاب : ١/ ٣٣٣ .

(٤) في أحد قوليه (الأم : ١/٤٩) .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) ما بين القوسين سقط من (م) ، و(ق) .

باب : الوضوء

الوضوء يجب بثلاثة أنواع : أحدها ما يخرج من السبيلين من غائط [1] وريح وبول ومذي [2] وودي [3] ، وهذا ما لا خلاف فيه [4] ، الثاني : النوم وما في معناه من زوال العقل بإغماء أو سكر أو جنون ، والثالث : الملامسة للذة وما في معناه من مس الذكر .

فصل [١ - خروج البول والمذي على وجه السلس] :

وإذا كان خروج [5] البول والمذي على وجه السلس [6] والاستنكاح [7] فلا وضوء فيه[8]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[9]، لما روي أن عمران بن حصين[10]

---

(١) الغائط : المطمئن من الأرض الواسع ، والرجل إذا أراد أن يقضي الحاجة أتى الغائط فقضى حاجته ، فكني به عن العذرة (الصحاح : ٣/ ١١٤٧) .

(٢) المذي : الماء الأبيض الرقيق الذي يخرج عند اللذة عند الملاعبة والتذكار (الرسالة ص ٨٢) .

(٣) الودي : ماء أبيض خاثر يخرج بأثر البول (الرسالة ص ٨٣) .

(٤) انظر : الإجماع - لابن المنذر (ص٣١) ، المغني : ١/ ١٦٨ .

(٥) في (ق) : خرج .

(٦) السلس : هو استرسال البول وعدم استمساكه لحدوث مرض بصاحبه . (المصباح المنير : ١/ ٢٨٤) .

(٧) الاستنكاح : شك يلازم المرء عند كل صلاة وطهارة ، ويطرأ ذلك في اليوم مرة أو مرتين (مواهب الجليل : ١/ ٣٠١) .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٠ ، التفريع : ١/ ١٩٦ .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨ ، الأم : ١ / ١٨ .

(١٠) في (ق) ، و(س) : رجلاً . **وعمران بن حصين** : هو أبو نجد بن حصين الخزاعي الصحابي الجليل الفقيه ، المحدث ، ولي قضاء البصرة ، حدث عنه زرارة ، ومحمد ابن سيرين (ت ٥٢ هـ) (انظر تذكرة الحُفَّاظ : ١/ ٢٩) .

قال : يا رسول الله ، إن بي الناصور [1] يسيل مني ، فقال صلى الله عليه وسلم: « إذا توضأت فسال من قرنك إلى قدمك فلا وضوء عليك » [2] ، ولأن خروجه على وجه السلس فأشبه أن يخرج في الصلاة .

فصل [٢ - الخارج من السبيلين مما ليس بمعتاد] :

وما خرج من السبيلين مما ليس بمعتاد كالحصى والدود والدم فلا وضوء فيه [3] خلافاً لهما [4] ، لقوله تعالى : ﴿ أو جاء أحد منكم من الغائط ﴾ [5] ، والاسم [6] ينطلق على الحدث المعتاد ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وضوء إلا من صوت أو ريح » [7] ، ولأنه نوع من غير أنواع الأحداث المعتادة ، دليله إذا خرج من غير السبيلين .

فصل [٣ - وجوب الوضوء من النوم] :

وأما وجوب الوضوء من النوم فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ إذا قمتم إلي الصلاة فاغسلوا ﴾ [8] ، قيل فيه : إذا قمتم من المضاجع [9] ، وقوله صلى الله

---

(١) في (ق) : الناسور ، والناصور - بالصاد المهملة - : قرحة غائرة قلما تندمل (المغرب ص ٤٥٣) .

(٢) أخرجه البيهقي : ٣٥٧/١ ، وفيه عبد الملك بن مهران وهو مجهول .

(٣) انظر : المدونة : ١٠/١ ، التفريع : ١٩٦/١ ، الكافي ص ١٠ .

(٤) لهما يقصد أبا حنيفة والشافعي (انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨ ، الأم : ١٧/١) .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٦) الاسم : سقطت من (م) .

(٧) أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : لا وضوء إلا من حدث : ١٧٢/٢ ، والترمذي في الطهارة ، باب : في الوضوء من الريح : ١٠٩/١ ، وقال : هذا حديث حسن صحيح .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٩) قاله السدي وزيد بن أسلم معنى الآية : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة ﴾ يريد من المضاجع يعني النوم (جامع البيان - للطبري : ١١٢/٦) .

عليه وسلم : « العينان وكاء السه فمن نام فليتوضأ » [1] ، وقوله : « لكن من بول أو غائط أو نوم » [2] ، ولأن الغالب منه أن الاستثقال فيه يؤدي إلى خروج الحدث فأجرى غالبه مجرى يقينه ، ولذلك علله صلى الله عليه وسلم حين قال : « فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله » [3] ، (ولأن النائم يخرج منه الريح غالباً، ثم هو حال انتباهه لا يدري ما كان منه فنحن متى سوغنا له الصلاة بوضوء قبل النوم مع كوننا على غير ثقة من بقاء طهارته تلك كنا قد سوغنا له الصلاة محدثاً فكان الاحتياط أن يلزمه الوضوء ليصلي على ثقة من طهارته وارتفاع الحدث)[4].

فصل [٤ - وجوب الوضوء بزوال العقل] :

فأما زوال العقل بالإغماء [5] ، والجنون والسكر ، فإنما أوجب الوضوء لأنه أدخل في هذا المعنى من النوم لأن النوم يزول بالانتباه وقليل الإيقاظ ، وهذه الأشياء أبعد منه عن الإفاقة ، فكانت أولى بوجوب الوضوء منه .

---

(١) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الوضوء من النوم : ١/ ١٤٠ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : الوضوء من النوم : ١/ ١٦١ ، والحديث معلول بضعف الوضين وتدليس بقية (نصب الراية : ١/ ٤٥) .

والسه : حلقة الدبر ، والوكاء : الخيط الذي تشد به الصرة والكيس ونحوها ، فجعل اليقظة للإست كالوكاء للقربة ، فما دام الإنسان يقظاً فطهارته باقية كما أن الماء يبقى في القربة ما بقي الوكاء (النهاية في غريب الحديث : ٢/ ٤٢٩) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : الوضوء من النوم : ١/ ١٦١ ، والنسائي في الطهارة ، باب : التوقيت في المسح على الخفين للمسافر : ١/ ٧١ ، والترمذي في الطهارة، باب : المسح على الخفين للمسافر والمقيم : ١/ ١٥٩ ، وقال : هذا حديث حسن صحيح .

(٣) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الوضوء من النوم : ١/ ١٤٠ ، والترمذي في الطهارة، باب : ما جاء في الوضوء من النوم: ١/ ١١١ ، قال أبو داود: هو حديث منكر .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٥) الإغماء : ضعف القوى لغلبة الداء ، يقال : غمي عليه ، فهو مغمي عليه (المغرب ص ٣٤٦) .

فصـل [٥ - الملامسة والقُبلة] :

فأما الملامسة والقُبلة وما في بابها فتؤثر في وجوب الوضوء [١] ، خلافا لأبي حنيفة [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ أو لامستم النساء ﴾ [٣] ، فعم ، ولأنه لمس يحرم الربيبة فأشبه التقاء الختانين .

فصـل [٦ - شروط وجوب الوضوء] :

ومن شرط وجوب الوضوء باللمس أن تقارنه اللذة ، فإن عريت منه لم يجب فيه الوضوء [٤] ، خلافاً للشافعي [٥] في إيجابه الوضوء مع اللذة وعدمها ، لأنه صلى الله عليه وسلم : « كان يقبل ويلمس ثم يصلي ولا يتوضأ » [٦] ، وقد ثبت أنه لا يجوز حمله على اللذة ، فلم يبق إلا أن يكون لغير لذة ، ولأنه لمس لا لذة فيه فأشبه مس الرجل الرجل .

فصـل [٧ - اللمس المقارن للذة] :

وإن وجدت اللذة فلا فرق بين الحائل وعدمه خلافاً للشافعي [٧] ، لأنه لمس قارنته الشهوة كالملامسة .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٣ ، التفريع : ١/١٩٦ ، الكافي ص ١١ .
(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩ ، تحفة الفقهاء : ٢/٢٢ .
(٣) سورة المائدة ، الآية : ٦ .
(٤) انظر : المدونة : ١/١٣ ، التفريع : ١/١٩٦ ، الكافي ص ١١ - ١٢ .
(٥) انظر : الأم : ١/١٥ ، مختصر المزني ص ٣ .
(٦) حديث النبي ﷺ : « أنه كان يقبل ثم يصلي ولا يتوضأ » أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الوضوء من القبلة : ١/١٢٣ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : الوضوء من القبلة : ١/١٦٨ ، والترمذي في الطهارة ، باب : ما جاء في ترك الوضوء من القبلة : ١/١٣٣ ، وهذا الحديث فيه مقال ، قال الترمذي : لا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء (راجع نصب الراية : ١/٧٢ - ٧٦) .
أما حديث اللمس : فعن عائشة قالت : « كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته ، فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي . . » أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الصلاة على الفراش : ١/١٠١ ، ومسلم في الصلاة ، باب : الاعتراض بين يدي المصلي: ١/٣٦٧ .
(٧) ويشترط عدم وجود الحائل ، انظر : الأم : ١/١٥ .

فصـل [٨ - مس الذكر] :

ومس الذكر مؤثر في وجوب الوضوء [١] ، خلافاً لأبي حنيفة [٢] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من مس ذكره فليتوضأ » [٣] ، ولأنه لمس يفضي إلى خروج المذي فأشبه مس الفرج بالفرج .

فصـل [٩ - صفة مس الذكر] :

اختلف أصحابنا في صفة المراعاة فيه [٤] : فمنهم من يقول : أن الاعتبار فيه أن يكون ببطن الكف دون غيره ولا اعتبار اللذة ، ومنهم من يقول : أن الاعتبار فيه باللذة كلمس [٥] النساء ، فوجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه فليتوضأ » [٦] ، والإفضاء لا يكون إلا ببطن الكف، ووجه الأخرى أنه لمس باليد يؤثر في نقض الوضوء ، فكان الاعتبار فيه باللذة كمس النساء [٧] .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٩ ، التفريع : ١/ ١٩٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي (١٩) ، مختصر القدوري : ١/ ١١ - ١٢ .

(٣) أخرجه مالك في كتاب الطهارة ، باب : الوضوء من مس الذكر : ١/ ٤٢ ، وأبو داود في الطهارة ، باب : الوضوء من مس الذكر : ١/ ١٢٥ ، والنسائي في الطهارة ، باب: الوضوء من مس الذكر : ١/ ٨٣ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : الوضوء من مس الذكر : ١/ ١٦١ ، والترمذي في الطهارة ، باب : الوضوء من مس الذكر : ١/ ١٢٦ ، وصححه ، وقال الحاكم : على شرط الشيخين : ١/ ١٣٦ .

(٤) انظر المدونة : ١/ ٨ ، التفريع ١/ ١٩٦ .

(٥) في (ق) : كمس .

(٦) أخرجه البيهقي : ١/ ١٣٤ ، والحاكم : ١/ ١٣٨ ، وقال : هذا حديث صحيح وشاهده الحديث المشهور .

(٧) في (ق) : كلمس .

فصـل [١٠ - مس الأنثيين] :

ولا وضوء من مس الأنثيين [١] خلافاً لعروة بن الزبير [٢] ، ولا من مس الدبر [٣] خلافاً للشافعي [٤] ، لأنها مواضع من البدن لا لذة في مسها فأشبهت سائر الأعضاء .

فصـل [١١ - مس المرأة فرجها] :

وفي تخريج مس المرأة فرجها خلاف على وجهين : أحدهما ألا وضوء فيه لأن الخبر ورد في الذكر دون غيره ، والثاني أن فيه الوضوء مع اللذة والإلطاف لأنه شخص ملتذ بمس فرجه كالرجل .

فصـل [١٢ - ما لا يوجب الوضوء مما خرج من غير السبيلين] :

ولا وضوء مما يخرج من غير السبيلين من قيئ أو رعاف أو غيره [٥] ، خلافاً لأبي حنيفة [٦] ، لأنه خارج من غير المخرج المعتاد للحدث ، فأشبه الدود الخارج من الجرح [٧] ، ولأن كل خارج لم ينقض قليله الوضوء ، فكذلك كثيره، أصله الدموع عكسه البول .

---

(١) انظر : التفريع : ١/١٩٦ ، والأنثيين : الخصيتيين (المغرب ص ٢٩) .

(٢) عروة بن الزبير : ابن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصى ابن كلاب : ابن حواري رسول الله ﷺ وابن عمته صفية ، الإمام ، عالِم المدينة ، أحد الفقهاء السبعة (ت ٩٣ هـ) (سير أعلام النبلاء: ٤/ ٤٢١ ، شذرات الذهب: ١/ ١٠٣) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٨ ، التفريع : ١/ ١٩٦ .

(٤) انظر : الأم : ١/ ١٩ ، مختصر المزني : ١/ ٣ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٨ ، التفريع : ١/ ١٩٦ ، والقيئ : الطعام المقذوف (المصباح المنير : ١/ ٥٢٢) ، والرعاف : خروج الدم من الأنف (المصباح المنير : ١/ ٢٣٠) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨ .

(٧) في (م) : المخرج .

فصـل [١٣ - الوضوء من القهقهة] :

ولا وضوء من القهقهة في صلاة ولا غيرها [١] خلافاً لأبي حنيفة [٢] ، لأن كل ما لم يكن حدثاً في غير الصلاة لم يكن حدثاً في أصل الصلاة كالكلام ، ولأنها صلاة شرعية فلم تتناقض بالقهقهة أصله صلاة الجنازة [٣] .

فصـل [١٤ - الوضوء مما مسته النار] :

ولا وضوء مما مسته النار خلافاً لبعض المتقدمين [٤] ، لأنه صلى الله عليه وسلم أكل كتف شاة ثم صلى ولم يتوضأ » [٥] ، ولما روى : « أن آخر الأمرين كان منه صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مسته النار » [٦] .

فصـل [١٥ - الوضوء من أكل لحوم الإبل] :

ولا وضوء من آكل لحوم الإبل [٧] خلافاً لأحمد [٨] وداود [٩] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يتوضأ من طعام أحله الله عَزَّ وجَلَّ » [١٠] ، ولأنه مأكول فأشبه الخبز .

---

(١) انظر : التفريع : ١/١٩٦ ، الكافي ص ١٣ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/ ٢٤ .

(٣) في (م) : الجنائز .

(٤) منهم ابن عمر وزيد بن ثابت وأبو طلحة وأبو موسى وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وغيرهم (المغني : ١/١٩١) .

(٥) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : من لم يتوضأ من لحم الشاة والسويق : ١/٥٩ ، ومسلم في الحيض ، باب : نسخ الوضوء مما مست النار : ١/ ٢٧٣ .

(٦) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : في ترك الوضوء مما مست النار : ١/ ٢٣٣ ، والنسائي في الطهارة ، باب : ترك الوضوء مما غيرت النار : ١/ ٩٠ ، والحديث مضطرب المتن كما قال ابن أبي حاتم في العلل : ١/ ٦٤ .

(٧) انظر : مواهب الجليل : ١/ ٣٠٢ .

(٨) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١٧ ، مختصر الخرقي ص ١٨ .

(٩) انظر : المحلي : ١/ ٣٢٧ .

(١٠) أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء : ٥/ ٧٨١ .

فصـل [١٦ - غسل اليد والفم من أكل اللحم واللبن] :

ويستحب غسل اليد والفم من أكل اللحم واللبن [١] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم شرب لبناً فمضمض وقال : « إنَّ له دسماً » [٢] ، ولأنه مقصود به النظافة وإزالة الرائحة من الفم كالسواك .

فصـل [١٧ - ما يوجب الغسل] :

ويوجب الغسل شيئان : أحدهما المني [٣] ، ودم الحيض والنفاس والولد ، والثاني : الإيلاج في قبل أو دبر [٤] ، فأما المني فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا جنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا ﴾ [٥] ، وقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ [٦] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الماء من الماء » [٧] ، وقوله : « من رأت ذلك منكن فلتغتسل » [٨] ، وأما دم الحيض والنفاس والولد فيذكر فيما بعد .

فصـل [١٨ - الإيلاج دون الإنزال] :

وأما الإيلاج في القبل إذا عرى من الإنزال فإنه يوجب الغُسل [٩] ، خلافاً لداود [١٠] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى الختانان فقد وجب

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٤ ، مواهب الجليل : ١/ ٣٠٢ .

(٢) أخرجه البخاري في الطهارة ، باب : هل يمضمض من اللبن : ١/ ٦٠ ، ومسلم في الحيض ، باب : نسخ الوضوء مما مست النار ١/ ٢٧٤ .

(٣) المني : هو الماء الدافق الذي يخرج عند اللذة الكبرى بالجماع (الرسالة ص ٨٤).

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٣٣ - ٣٤ ، التفريع : ١/ ١٩٧ ، الرسالة ص ٩٩ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٤٣ .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة رقم (١٣١) .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٣١) .

(٩) انظر المدونة : ١/ ٣٣ ، التفريع : ١/ ١٩٧ ، الكافي ص ١٣ .

(١٠) انظر : المحلي : ٢/ ٨ ، المغني : ١/ ٢٠٤ .

الغُسل » [١] ، وفي حديث آخر : « أنزل أو لم ينزل » [٢] ، ولأنه حكم يجب بالإنزال ، فوجب أن يجب بالإيلاج ، وإن لم يكن إنزال كالحد والمهر .

فصـل [١٩ - الإيلاج في الدبر] :

وإذا أولج في دبر لزم [٣] الغُسل ، وإن لم ينزل لأنه فرج يتعلق به الحد فأشبه القبل .

فصـل [٢٠ - حيض الجنب أو جنب الحائض] :

إذا حاضت الجنب أو أجنبت الحائض ، فلا غسل عليها حتى تطهر ، فإذا طهرت كفاها غُسل واحد [٤] خلافاً لداود [٥] ، لأنهما حدثان ترادفا موجبهما واحد فناب عنهما طهر واحد كما لو كانا من جنس واحد كالجنابتين .

فصـل [٢١ - وجوب الغُسل على من أسلم] :

إذا أسلم الكافر فعليه الغُسل [٦] لأنه صلى الله عليه وسلم أمر غيلان [٧] ، وثمامة [٨] حين أسلما بالغُسل [٩] ، ولأنه جنب فلزمه الاغتسال للجنابة .

---

(١) أخرجه الترمذي في الطهارة ، باب : إذا التقى الختانان وجب الغسل : ١/ ١٨٠ ، وقال : حديث صحيح ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في وجوب الغسل إذا التقى الختانان : ١/١٩٩ .

(٢) أخرجه مسلم في الحيض ، باب : نسخ « الماء من الماء » ، ووجوب الغسل بالتقاء الختانين : ١/ ٢٧١ .

(٣) في (ق) : وجب .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٣٢ - ٣٣ ، التفريع : ١/ ١٩٧ .

(٥) انظر : المحلي : ٢/ ٦٤ .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٤٠ ، التفريع : ١/ ١٩٧ ، الكافي ص ١٤ .

(٧) **غيلان** : هو غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف بن ثقيف الثقفي ، أسلم بعد فتح الطائف ، وكان أحد وجوه الطائف (الإصابة في تمييز الصحابة : ٣/ ١٨٩) .

(٨) **ثمامة** : هو ثمامة بن أثال النعمان بن سلمة بن عتيبة بن ثعلبة بن يربوع بن ثعلبة ابن الدؤل بن حنيفة الحنفي أبو أمامة اليمامي (الإصابة : ١/ ٢٠٣) .

(٩) حديث غيلان لم أجده ، أما حدث ثمامة فقد أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الاغتسال إذا أسلم : ١/ ١١٨ .

فصل [٢٢ - حكم لبث الجنب في المسجد] :

ولا يجوز للجنب اللبث في المسجد [١] خلافاً لداود [٢] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا أحل المسجد لجنب ولا لحائض » [٣] ، ولأنه شخص يلزمه الغُسل كالكافر .

فصل [٢٣ - حكم الجنب يجتاز المسجد] :

ولا يجوز له الاجتياز فيه [٤] خلافاً للشافعي [٥] للخبر [٦] ، ولأنه نوع من الكون فيه كاللبث .

فصل [٢٤ - منع المحدث من مس المصحف] :

ولا يجوز لمحدث حدثاً أعلى أو أدنى [٧] مس المصحف خلافاً لداود [٨] ، لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ لا يمسه إلا المطهرون ﴾ [٩] ، والنهي على الحظر [١٠] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يمس القرآن إلا طاهر » [١١] ، والمراد ما كتب فيه .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٣٧ .

(٢) انظر : المجموع : ٢/١٧٣ - ١٧٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الجنب يدخل المسجد : ١/١٥٩ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : اجتناب الحائض المسجد : ١/٢١٢ ، وصحَّحه ابن خزيمة وحسَّنه ابن القطان (انظر تلخيص الحبير : ١/١٤٠) .

(٤) ولمالك رأي آخر في جوازه (المدونة : ١/٣٧) .

(٥) انظر : الأم : ١/٥٤ ، مختصر المزني ص ١٩ .

(٦) للحديث المذكور آنفاً .

(٧) الأدنى : هو حدث الوضوء والأعلى هو الجنابة والحيض والنفاس (التفريع : ١/٢١٢) .

(٨) انظر : المجموع : ٢/٣٧٢ .

(٩) سورة الواقعة ، الآية : ٧٩ .

(١٠) هذا عند مالك وأصحابه (انظر شرح تنقيح الفصول ص ١٦٨) .

(١١) أخرجه مالك في الموطأ : ١/١٩٩ مرسلاً ، والدارقطني : ١/١١٧ ، وصحَّحه ، وقال ابن عبد البر : أنه أشبه المتواتر لتلقي الناس به بالقبول (الدراية : ١/٨٧) .

فصل [٢٥ - الصبيان يمسكون الألواح والمصاحف] :

ويجوز إمساك الصبيان الألواح والمصاحف [١] على غير وضوء للضرورة إلى تعليمهم والمشقة اللاحقة في أخذهم بالتطهير في كل وقت مع قصورهم عن حد التكليف .

فصل [٢٦ - الجنب يقرأ القرآن] :

ولا يجوز للجنب أن يقرأ [٢] خلافاً لداود [٣] ، لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يقرأ جنب ولا حائض شيئاً من القرآن » [٤] ، وقول عليّ رضي الله عنه[٥]: كان رسول الله ﷺ لا يحجزه شيء عن قراءة القرآن [٦] إلا الجنابة » ، ولأنه لما منع من الدخول إلى المسجد كان بأن يمنع قراءة القرآن أولى .

فصل [٢٧ - قراءة الآيات اليسيرة من الجنب] :

ويجوز أن يقرأ الآيات اليسيرة على وجه التعوذ [٧] خلافاً لأبي حنيفة

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢١٢ ، والألواح : هي الصفيحة من خشب يكتب عليها القرآن (المصباح المنير : ٢/ ٥٦٠) .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢١٢ .

(٣) المغني : ١/ ١٤٤ ، المحلي : ١/ ١٠٥ ، المجموع : ١/ ١٧٢ .

(٤) أخرجه الترمذي في الطهارة ، باب : الجنب والحائض أنهما لا يقرأن القرآن : ١/ ٢٣٦ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في قراءة القرآن على غير طهارة : ١/ ١٩٥ ، وفي الحديث إسماعيل بن عياش ضعفه أحمد والبخاري وغيرهما . (نصب الراية : ١/ ١٩٥) .

(٥) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : في الجنب يقرأ القرآن : ١/ ١٥٥ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في قراءة القرآن على غير طهارة : ١/ ١٩٥ ، والنسائي في الطهارة ، باب : حجب الجنب من قراءة القرآن : ١/ ١١٨ ، والترمذي في الطهارة ، باب : في الرجل يقرأ على كل حال ما لم يكن جنباً ، وقال : حديث حسن صحيح : ١/ ٢٧٣ - ٢٧٤ .

(٦) في (ق) : سوى .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٢١٢ .

والشافعي[1] ، لأن حكم اليسير مخالف حكم الكثير ، ألا ترى : « أن النبي صلى الله عليه وسلم منع أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو » [2] ، ثم كتب إليهم : ﴿ يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله﴾[3] الآيات ، ولأن الإنسان يتعوذ بذكر الله تعالى فيحتاج إليه للتعوذ ، فكان ما يحتاج إليه من ذلك مستثنى من المنع .

فصل [٢٨ - حكم قراءة الحائض] :

وفي قراءة الحائض روايتان [4] : فوجه المنع قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقرأ جنب ولا حائض شيئاً من القرآن » [5] ، ولأنه حدث موجب للغسل كالجنابة، ووجه الجواز فلأنها غير قادرة على رفع حدثها وتطول مدتها فكانت معذورة بذلك للمشقة التي تلحقها كالمحدث .

فصل [٢٩ - في المنع من استقبال القبلة للغائط والبول] :

ولا يجوز استقبال القبلة ولا استدبارها بالغائط والبول في الصحاري [6] ، خلافاً لداود [7]، لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تستقبلوا القِبْلة ولا تستدبروها

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي (١٨) ، الأم : ١/ ٥ ، المجموع : ١/ ١٧١ .

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد والسير ، باب : السفر بالمصاحف إلى أرض العدو : ٤/ ١٥ ، ومسلم في الإمارة ، باب : النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار : ١/ ١٤٩٠ .

(٣) سورة آل عمران ، الآية : ٦٤ ، وتخريج الحديث : أخرجه البخاري في التفسير ، باب : قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله » : ٥/ ١٦٧ .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٠٦ .

(٥) تقدم تخريج الحديث قريباً .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٧ ، التفريع : ١/ ٢١٢ ، والصحاري : أي الأفضية .

(٧) انظر : المجموع : ٢/ ٨٩ .

بغائط ولا بول »[1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولكن شرقوا أو غربوا»[2] .

فصل [٣٠ - جواز ذلك في الدور والأبنية] :

ويجوز ذلك في الدور والأبنية [3] خلافاً لأبي حنيفة [4] ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه : « أنه صلى الله عليه وسلم كان في بيت حفصة مستدبر الكعبة مستقبل بيت المقدس » [5] ، ولأن الأبنية قد تضيق فلا يمكن إلا على هذه الصفة ففي منع ذلك مشقة .

فصل [٣١ - حكم الجماع مستقبلاً القِبْلة] :

وفي الجِماع مستقبلاً القبلة روايتان [6] : قال ابن القاسم [7] : لا بأس به ، وقال ابن حبيب [8] : يكره ، فوجه قول ابن القاسم أن النهي ورد في الحدث

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : قِبْلة أهل المدينة : ١/١٠٣ ، ومسلم في الطهارة ، باب : الاستطابة : ١/٢٢٤ .

(٢) هو جزء من الحديث السابق .

(٣) انظر : المدونة : ١/٧ ، التفريع : ١/٢١٢ .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين : ١/٣٤٢ .

(٥) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : من تبرز على لبنتين : ١/٤٥ ، ومسلم في الطهارة ، باب : الاستطابة : ١/٢٢٤ .

(٦) في (ق) : خلاف ، وفي هذه المسألة (انظر المدونة : ١/٧) .

(٧) **ابن القاسم** : هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي بالولاء ، الإمام الفقيه المالكي ركن المذاهب ، وقد صحب الإمام مالك عشرين عاماً ، وله سماع منه عشرون كتاباً (ت ١٩١ هـ) (الديباج : ١/٤٥٦ ، تهذيب التهذيب : ١/٤٦٥) .

(٨) **ابن حبيب** : هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي الأندلسي ، سمع ابن الماجشون وأصبغ ، كان حافظاً للفقه المالكي ، ألف كتباً كثيرة حساناً في الفقه والأدب والتاريخ منها « الواضحة » (ت ٢٣٨ هـ) (الديباج : ٢/٨) .

دون غيره فوجب قصره عليه ، ولأن الجماع مفارق للحدث لأنه يتعلق به حكم الندب في بعض الأحوال ، ووجه قول ابن حبيب لأنه يتعلق بكشف العورة فأمر بالاستتار فيه فكان كالحدث ، ولأن المعنى في معنى الاستقبال بالحدث لتعظيم القبلة وإجلال حرمتها ، وذلك يقتضي تساوي هذه الأمور في المنع .

فصل [٣٢ - حكم إزالة النجاسة] :

اختلف أصحابنا في إزالة النجاسة هل هي واجبة وجوب السنن المؤكدة ، أو وجوب الفرائض [١] ، وفائدة ذلك تتصور في منع [٢] تعمد الصلاة بها مع القدرة على إزالتها ، وإذا قيل : إنها سُنَّة مؤكدة فلأن الاتفاق حاصل على جواز الصلاة مع اليسير من جنسها كدم البراغيث وغيره [٣] ، وعند أبي حنيفة بقدر الدرهم من سائر النجاسات [٤] ، ولو كانت فرضاً لم تجز الصلاة مع شيء منها كالطهارة من الحدث ، وإذا قيل : إنها فريضة فللإجماع على منع تعمد الصلاة بها [٥] وذلك يفيد كونها فرضاً كالطهارة من الحدث ، فإذا ثبت هذا فعلى القول بأنها سُنَّة يأثم ولا إعادة عليه ، وعلى القول الآخر بأنها فريضة لا يجزيه وعليه الإعادة.

فصل [٣٢ - الصلاة بالنجاسة ناسياً أو ذكراً مع عدم القدرة على إزالتها] :

وعلى كلا الوجهين إن صلى بها ناسياً أو ذاكراً ، ولكن لا يقدر على إزالتها فصلاته جائزة [٦] ، لما روي : « أن رسول الله ﷺ خلع نعليه في الصلاة فخلع الناس نعالهم ، فلما فرغ قال لهم : « لم خلعتم نعالكم ؟ » ، فقالوا : رأيناك

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٢ ، الرسالة ص ٨٨ ، التفريع: ١/١٩٨ ، الكافي ص ١٨.

(٢) في (ق) : فيمن .

(٣) انظر : المدونة : ١/٢٣ ، الكافي ص ١٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣١ ، مختصر القدوري : ١/٥٢ .

(٥) انظر : المغني : ٢/٦٣ .

(٦) انظر : المدونة : ١/٢٣ ، الكافي ص ١٨ - ١٩ .

خلعتها ، فقال : « إن جبريل أخبرني أن فيها قذراً »[1] ، وروي : « نجساً »[2] ولم يعد الصلاة ولا أمرهم بإعادتها ولا قطعها بل مضى عليها .

فصل [٣٤ - عدم جواز الصلاة بشيء من النجاسة] :

كل نجاسة سوى الدم فإنه لا يصلي بشيء منها كالبول والغائط والمذي وسائر النجاسات[3] ، خلافاً لأبي حنيفة[4] في تجويزه الصلاة بقدر الدرهم ، لأنها نجاسة يمكن الاحتراز من جنسها[5] كالزائد على قدر الدرهم .

فصل [٣٥ - الصلاة بيسير من الدم] :

وأما الدم فيجوز الصلاة بيسيره ، فإن كثر وتفاحش لم يجز[6] ، لأن الدم مخفف في الأصل ، إنما حرم مسفوحه فكان أخف من سائر النجاسات ، ولأن أكل اللحم وفيه اليسير من الدم جائز ، وكذلك قالت عائشة رضي الله عنها : «لولا أن الله قال : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾[7] لتتبع الناس ما في العروق »[8] .

فصل [٣٦ - الصلاة بدم الحيض] :

لا خلاف عندنا أن كل دم عدا دم الحيض تجوز الصلاة مع يسيره ، وأما دم

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة في النعل : ١/ ٤٢٥ ، وابن خزيمة : ١/ ٣٨٤ ، والحاكم في المستدرك : ١/ ٢٦٠ ، وصحّحه على شرط مسلم ووافقه الذهبي (تلخيص الحبير : ١/ ٢٧٨) .

(٢) روي : « خبثا » وليس « نجساً » كما ذكر المؤلف ، وقد أخرجه أبو داود كذلك : ١/ ٤٢٥ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٣ ، التفريع : ١/ ٢٠٥ ، الكافي ص ١٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣١ ، مختصر القدوري : ١/ ٥٢ .

(٥) في (ق) : منها .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٢٢ .

(٧) سورة الأنعام ، الآية : ١٤٥ .

(٨) انظر : جامع البيان - للطبري : ٨/ ٧١ .

الحيض ففيه روايتان [1] : إحداهما : أن حكمه حكم سائر الدماء ، والأخرى : أن قليله وكثيره سواء لا تجوز الصلاة بشيء منه بخلاف سائر الدماء ، فوجه الأولى هو أنه دم فأشبه سائر الدماء ، ووجه الثانية أن دم الحيض مغلظ أمره بخلاف غيره لأنه خارج من فرج فكان كالبول والمذي .

فصل [٣٧ - الثوب الذي عليه بول الصبي والصبية] :

ويغسل الثوب من بول الصبي والصبية [2] خلافاً للشافعي [3] في قوله : لا يغسل من بول الصبي ، لأنه بول آدمي كبول الأنثى ، والحديث المروي في التفريق بينهما [4] . قال مالك : ليس بالمتواطأ عليه [5] .

فصل [٣٨ - حكم أبوال وأرواث الحيوان] :

لا خلاف أن أبوال ما يحرم أكله وأرواثه [6] نجسة ، وأما ما يؤكل لحمه فعندنا أبوالها وأرواثها طاهرة [7] ، وقال أبو حنيفة والشافعي [8] نجسة ، فدليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « ما أُكل لحمه فلا بأس ببوله » [9] ، و« لأنه صلى الله

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٢ ، التفريع : ١/ ٢٠٥ ، الكافي ص ١٨ .
(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٧ ، الكافي ص ١٨ .
(٣) انظر : الأم : ١/ ٥٥ .
(٤) الحديث هو : « يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي » أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : ما جاء في بول الصبي الذي لم يطعم : ١/ ١٧٥ ، وأبو داود في الطهارة باب : بول الصبي يصيب الثوب : ١/ ٢٦٢ ، والحاكم : ١/ ١٦٦ ، وقال : صحيح الإسناد .
(٥) لم أعثر على من ذكر هذا القول عن مالك ؟ (انظر فتح الباري : ١/ ٣٢٥ ، التمهيد : ٩/ ١١٠) .
(٦) الروث : الخارج من كل حافر (المغرب ص ٢٠٠ ، المصباح المنير : ١/ ٢٤٢) .
(٧) انظر : المدونة : ١/ ٤ ، ٢١ ، الكافي ص ١٩ .
(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣١ ، الأم : ١/ ٩٣ ، مختصر المزني ص ١٩ .
(٩) أخرجه الدارقطني : ١/ ١٢٨ ، مرة عن يحيى بن العلاء قال فيه أحمد : كذاب ، وأخرجه أخرى عن سوار بن مصعب ، قال عنه ابن معين : متروك الحديث . (نصب الراية : ١/ ١٢٥) .

عليه وسلم أباح للعرنيين شرب أبوال الإبل وألبانها » [١] ، وقوله : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » [٢] ، ثم « طاف بالبيت على بعير » [٣] ، فدل أن بوله غير نجس وإلا لم تكن لتعرض المسجد لما نهي عن مثله ، ولأنه مائع أباح الشرع شربه كاللبن .

فصل [٣٩ - نجس المني] :

والمني نجس [٤] خلافاً للشافعي [٥] ، لأنه مائع خارج من السبيل فأشبه البول، ولأنه مائع يوجب البلوغ كدم الحيض ، ولأنه يجري في مجرى البول ولو كان طاهراً في الأصل لوجب أن ينجس لجريه في مجرى نجس .

فصل [٤٠ - غسل المني رطبه ويابسه] :

ويغسل رطبه ويابسه [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، لقول عائشة رضي الله عنها: « كنت أغسل المني من ثوب رسول الله ﷺ فيخرج إلى الصلاة ونقع الماء على ثوبه » [٨] ، ولأنه نجس فكان كسائر النجاسات .

---

(١) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : استعمال إبل الصدقة : ١/١٣٧ ، ومسلم في القسامة ، باب : حكم المحاربين : ٣/١٢٩٦ .

(٢) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات ، باب : ما يكره في المساجد : ١/٢٤٧، وإسناده ضعيف (نصب الراية : ٢/ ٤٩٢) .

(٣) « طوافه صلى الله عليه وسلم على بعير » أخرج هذا الحديث البخاري في الحج ، باب : استلام الركن بالمحجن : ٢/ ١٦٢ ، ومسلم في الحج ، باب : جواز الطواف على بعير : ٢/ ٩٢٦ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٢٥ ، الكافي ص ١٨ .

(٥) انظر : الأم : ١/ ٥٥ ، مختصر المزني ص ١٨ .

(٦) انظر : الكافي ص ١٨ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣١ .

(٨) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : غسل المني وفركه : ١/ ٦٣ ، ومسلم في الطهارة ، باب : حكم المني : ١/ ٢٣٨ .

فصـل [٤١ - الشك في موضع النجاسة من الثوب] :

وإذا تيقن إصابة النجاسة لثوبه وشك في موضعه غسله كله ، لأنه ليس بعضه أولى من بعض ، ولا أمارة تميز له ما أصابه من الموضع الذي لم يصبه ، فوجب غسل جميعه لأنه لا يصل إلى غُسل ما أصابه إلا بذلك ، كما يلزم إمساك جزء من الليل إذا لم يمكن تمييز النهار مثله ، لأنه لا يصل إلى استيفاء النهار إلا بذلك وإن علم الجهة من الثوب وشك في موضع الإصابة منها لم يكن عليه غسل باقيه، وإن شك هل أصابه شيء أم لا نضحه استحباباً لجواز أن يكون أصابه ولم يلزمه لأن الشك لا يلزم به طهارة [١] .

فصـل [٤٢ - ما يزيل النجاسة] :

لا يجوز إزالة النجاسة بمائع سوى الماء المطلق [٢] عن الثياب والأبدان [٣] خلافاً لأبي حنيفة [٤] لقوله صلى الله عليه وسلم : « في دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء وصلي فيه » [٥] ، ولأنه [٦] لا يرفع النجاسة عن نفسه فلم يرفعها عن غيره ، ألا ترى أن الماء لما صح أن يدفع النجاسة عن نفسه صح أن يدفعها عن غيره .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٣ - ٢٤ ، الكافي ص ١٨ .

(٢) الماء المطلق : هو الماء الذي لم يتغير أحد أوصافه بما ينفك عنه (شرح حدود ابن عرفة ص ٢٨ ، المقدمات : ١/٨٦) .

(٣) انظر : المدونة : ١/٢٣ ، الكافي ص ١٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي : ١/١٥ - ١٦ .

(٥) أخرجه البخاري في الطهارة ، باب : غسل الدم : ١/٦٢ ، ومسلم في الطهارة ، باب : نجاسة الدم وكيفية غسله : ١/٢٤٠ ، ومعنى « حتيه : أي حكية وتقشره » (النهاية في غريب الحديث لابن الأثير : ١/٣٣٧) ، ومعنى اقرصيه : أي تقطعه بأطراف الأصابع مع الماء ليتحلل (النووي على شرح مسلم : ٣/١٩٩) .

(٦) الضمير يعود على الحت .

فصـل [٤٣ - السيف يصيبه الدم] :

السيف إذا أصابه الدم أجزأه مسحه عن غسله لأنه صقيل لا يقبل النجاسة لأنها لا تتخلله [١] ، ولأن به ضرورة إلى ذلك لئلا يفسد متى غسل [٢] .

فصـل [٤٤ - إزالة النجاسة من الخف والنعل] :

ويغسل الخف والنعل من العذرة والبول ، فأما من أرواث الدواب ، ففيه روايتان [٣] : إحداهما أنه يغسل والأخرى أنه يمسح ، فوجه قوله : أنه يغسل اعتباراً بالثياب والحصر ، ووجه قوله : أنه يمسح فلأن غسله إفساد له فسومح فيه[٤] ، مع كون الأرواث مكروهة عندنا غير نجسة .

* * *

---

(١) في (ق) : لا يتخلله .
(٢) في (ق) : غسله .
(٣) الروايتان معاً لابن القاسم (انظر المدونة : ١/ ٢١ ، التفريع : ١/ ٢٠) .
(٤) في (ق) ، و(م) : بياض .

باب الاستنجاء [1]

ويستنجي من البول والغائط لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار يستطيب بهن » [2] ، وقوله : « لا يكتفين أحدكم بدون ثلاثة أحجار » [3] .

فصل [١ - الاستنجاء من الريح] :

ولا يستنجي من الريح لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس منا من استنجى من الريح » [4] ، ولأنها ليست جسماً يعلق ولا أثر لها .

فصل [٢ - الجمع بين الأحجار والماء في التطهير] :

والأفضل الجمع بين الأحجار والماء [5] ، لأن الأحجار تراد للتجفيف والماء يزيل الأثر ويطهر الموضع ، فإن لم يكن ذلك فالماء أفضل ، فإن اقتصر على الأحجار أجزاه لما رويناه [6] ما لم يَعْدُ المخرج أو ما لا بد منه ، فإن عداه لم

---

(١) الاستنجاء : غسل موضع الخبث بالماء (حدود ابن عرفة ص ٣٥ ، الفواكه الدواني: ١٢٨/١) .

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الاستنجاء بالأحجار : ٣٧/١ ، والنسائي في الطهارة ، باب : الاجتزاء في الاستطابة بالحجارة : ٣٨/١ ، وأخرجه الدارقطني ، وقال : إسناده صحيح . (انظر : نصب الراية : ٢١٥/١) .

(٣) أخرجه مسلم في الطهارة ، باب : الاستطابة : ٢٢٤/١ بلفظ : « نهانا صلى الله عليه وسلم أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار » .

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء : ١٩٦/١ ، وابن عساكر في تاريخ دمشق: ١٧٣/٥ وهو ضعيف .

(٥) انظر : المدونة : ٨/١ ، الرسالة ص ٩١ ، التفريع : ٢٠/١ .

(٦) انظر : الأحاديث التي سبق ذكرها .

يجز فيه إلا الماء ، لأن الموضع مخصوص بذلك دون سائر البدن والرخص لا تتعدى بها مواضعها .

فصـل [٣ - الحجر الواحد في الاستنجاء] :

وإذا أنقى بحجر واحد أجزاه [١] خلافاً للشافعي [٢] في قوله : لا بد من ثلاثة أحجار ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من استجمر فليوتر » [٣] ، وأقله واحد، ولأنه استنجاء فلم يلزم فيه سوى الإنقاء كالماء ، ولأن الإنقاء قد وجد فأشبه إذا أتى بالثلاثة .

فصـل [٤ - كراهية الاستنجاء بالعظام] :

ويكره الاستنجاء بالعظام [٤] لقوله صلى الله عليه وسلم : « أما العظم فزاد إخوانكم من الجن [٥] ، فإن فعل أجزاه خلافاً للشافعي [٦] ، لأن النهي عن ذلك لتعلق حق الغير وهو كونه طعاماً له ، وذلك لا يقتضي الفساد .

فصـل [٥ - كراهية الاستنجاء باليمين] :

ويكره الاستنجاء باليمين إلا من عذر [٧] ، ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢١١ ، الكافي ص ١٧ .

(٢) انظر : الأم : ١/ ٢٢ ، مختصر المزني ص ٣ .

(٣) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : الاستنثار في الوضوء : ١/ ٤٨ ، ومسلم في الطهارة : ١/ ٢١٢ بلفظ : « إذا استجمر أحدكم فليستجمر وتراً » .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢١١ ، الكافي ص ١٧ .

(٥) أخرجه البخاري في المناقب ، باب : ذكر الجن : ٤/ ٢٤١ ، ومسلم في الاستطابة: ١/ ٢٢٤ .

(٦) انظر : الأم : ١/ ٢٢ ، مختصر المزني ص ٣ .

(٧) انظر : الكافي ص ١٧ ، الذخيرة : ١/ ٢٠٣ .

ذلك [١] ، وروي أن يده اليمنى صلى الله عليه وسلم كانت لطعامه وشرابه واليسرى لما يكون من أذى [٢] ، فأما مع العذر فجائز للضرورة إليه .

* * *

(١) أخرجه البخاري في الطهارة ، باب : النهي عن الاستنجاء باليمين : ١/ ٤٧ ، ومسلم في الطهارة ، الباب نفسه : ١/ ٢٢٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : ما يقول الرجل إذا خرج من الخلاء : ١/ ٢٣ ، والطبراني من حديث عائشة وهو منقطع ، وله شاهد من حديث حفصة ، قال النووي : إسناده جيد . (تلخيص الحبير : ١/ ١١١) .

باب في طهارة الماء

أصل الماء الطهارة والتطهير [١] على اختلاف صفاته وأماكنه : من سماء أو أرض أو بئر أو بحر أو عذب أو مالح ، كان مائعاً في أصله أو ذائباً بعد جموده، لقوله تعالى : ﴿ وأنزلنا من السماء ماء طهوراً ﴾ [٢] ، وقوله : ﴿ وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ﴾ [٣] ، وقوله : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ [٤] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « خلق الماء طهوراً لا ينجسه شيء»[٥] ، وروي : « إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه » [٦] ، وقوله في بول الأعرابي : « صبوا عليه ذنوباً من ماء » [٧] في نظائر لهذه الأخبار .

فصـل [١ - حكم ماء البحر] :

ولا خلاف في الجملة التي ذكرناها إلا في ماء البحر [٨] ، فذكر عن بعض

---

(١) يعني طاهر في نفسه ومطهر لغيره .

(٢) سورة الفرقان ، الآية : ٤٨ .

(٣) سورة الأنفال ، الآية : ١١ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

(٥) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : ما جاء في بئر بضاعة : ١/ ٥٥ ، والنسائي في المياه ، باب : ذكر بئر بضاعة : ١/ ١٤١ ، والترمذي في الطهارة ، باب : ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء : ١/ ٩٥ ، وقال : حديث حسن .

(٦) أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : الحياض : ١/ ١٧٤ ، والحديث ضعيف لأن فيه رشيد بن سعد جرحه النسائي وابن حبان وأبو حاتم (نصب الراية : ١/ ٩٤) .

(٧) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : صب الماء على البول في المسجد : ١/ ١٦ ، ومسلم في الطهارة ، باب : وجوب غسل البول : ١/ ٢٣٦ ، والذنوب : الدلو العظيمة (المصباح : ١/ ٢١٠) .

(٨) انظر الرسالة ص ٨٧ ، المقدمات : ١/ ٨٦ ، المغني : ١/ ٨ .

الصحابة منع التطهير به [1] ، والجمهور على أنه مطهر طاهر لعموم الظواهر التي ذكرناها ، ولقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن التطهر بمائه : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » [2] ، واعتباراً بسائر المياه .

فصل [٢ - الماء المطلق] :

المياه ضربان : مطلق ومضاف ، فالمطلق هو ما لم يتغير أحد أوصافه بما يخالطه مما ينفك عنه غالباً مما ليس بقرار له ولا حادث عنه ، والمضاف هو ما تغير بما وصفناه من ذلك المتغير بالزعفران [3] ، والعصفر [4] والخل واللبن وغيره، فأما المتغير بالطين ، ففي القسم الأول لأنه قراره ولا ينفك عنه غالباً ، وكذلك الطحلب [5] لأنه متولد عنه عن طول مكثه ، وكذلك تغييره بالحمأة [6] وما أشبهها ، ثم بعد هذا على ضربين : طاهر ونجس وذلك يرجع إلى صفة ما تغير به [7] ، فإن كان طاهراً سلبه حكم التطهير فقط ، وكان طاهراً غير مطهر كسائر المائعات ، وإن كان نجساً سلبه الصفتين جميعاً .

فصل [٣ - الماء المضاف] :

قد بينا أن ما خالطه الزعفران والعصفر وغيَّر ذلك أوصافه ، فإنه يخرجه عن

---

(١) حكي عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة (مصنف ابن أبي شيبة : ١/ ١٣١ ، المغني : ١/ ٨) .

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الوضوء بماء البحر : ١/ ٦٤ ، والنسائي في الطهارة ، باب : ماء البحر : ١/ ٤٤ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : الوضوء بماء البحر: ١/ ١٣٦ ، والترمذي في الطهارة ، باب : ما جاء في ماء البحر أنه طهور ، وقال: حديث حسن صحيح : ١/ ١٠١ .

(٣) الزعفران : معروف ، وزعفرت الثوب : صبغه به (الصحاح : ٣/ ٦٧٠) .

(٤) العصفر : صبغ (الصحاح : ٣/ ٧٥٠) .

(٥) الطحلب : شيء أخضر لزج يخلق في الماء ويعلوه (الصحاح : ١/ ١٧١ ، المصباح المنير ص ٣٦٩) .

(٦) الحمأة : طين أسود (المصباح المنير ص ١٥٣) .

(٧) في (م) : يغيره .

إطلاقه ويشبه التطهير [1] ، وعند أبي حنيفة [2] أنه على إطلاقه وأن التطهير جائز به إلا أن يكون عن طبخ فلا يجوز ، ودليلنا أنه تغير بما ليس بقرار له ولا متولد عنه ، بل بما ينفك عن مخالطته غالباً ، فأشبه إذا تغير بنجاسة أو بطبخ .

فصــل [٤ - الماء المتغير بالنجاسة] :

فأما ما تغير بالنجاسة فإنه نجس لا خلاف فيه [3] ، وما لم يتغير طاهر إذا كان كثيراً وإن كان يسيراً فمكروه [4] إلا أنه في الحكم طاهر مطهر ، ولا حد في ذلك سوى التغيير ، وقال أبو حنيفة كل ماء حلته النجاسة نجس إلا أن يكون من الكثرة بحيث يعلم أن النجاسة لم تصل إلى جميعه ، واعتبار ذلك عنده بأن لا يتحرك أحد طرفيه بتحرك الآخر [5] ، ودليلنا قول الله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ﴾ [6] ، فعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الماء لا ينجسه شيء إلا ما غيَّر أحد أوصافه لونه أو طعمه أو ريحه » [7] ، (وقوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث بئر بضاعة : « خلق الله الماء طهوراً لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه » [8]) [9] ، ولأنه لم يتغير من نجس كما لو لم تضطرب جنباته ، ولأن هذا يؤدي إلي تنجيس المياه كلها لأننا نعلم أن البحار والأنهار لا تنفك من وقوع النجاسة فيها ، فإذا كان ذلك الموضع نجس يجب تنجيس ما جاوره ويمتد ذلك إلى جميعه وذلك فاسد .

---

(١) انظر : الرسالة ص ٨٧ ، الكافي ص ١٥ ، إذا غير أحد أوصافه .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٥ ، مختصر القدوري : ١٩/١ : ما دام باقياً على وقته وسيلاً منه .

(٣) انظر : الرسالة ص ٨٨ ، المقدمات : ٨٦/١ ، الذخيرة : ١٦٣/١ ، الكافي ص١٥ .

(٤) انظر : الرسالة ص ٨٨ ، التفريغ : ٢١٦/١ ، الذخيرة : ١٦٤/١ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٦ ، مختصر القدوري : ٢١/١ .

(٦) سورة الأنفال ، الآية : ١١ .

(٧) و (٨) سبق تخريج الحديثين في الصفحة (١٧٤) .

(٩) ما بين قوسين سقط من (م) .

فصل [٥ - الاعتبار في القلتين بتغير الماء] :

ووافقنا الشافعي في القلتين [١] فصاعداً أن الاعتبار في ذلك بالتغير، وخلافنا[٢] فيما قصر عنهما فقال : ينجس بنفس مخالطة النجاسة له تغير أو لم يتغير ، وقدرهما عنده خمسمائة رطل بالعراقي على ضرب من التقريب [٣] ، ودليلنا ما قدمناه [٤] ، ولأنه لم يتغير من النجاسة كالقلتين ، ولأنه مخالط لما لم يغلب عليه فلم ينقله عن حكمه أصله الطاهرات ، ولأن كل ما لم ينقل الماء من حكمه إذا كان قدره قلتين ، فكذلك إذا قصر عنهما أصله سائر الأشياء المخالطة له وما يستعمل فيه .

فصل [٦ - الماء المستعمل] :

والماء المستعمل في طهارة الحدث طاهر [٥] ، خلافاً لأبي يوسف [٦] إذ يقول: أنه نجس ، لعموم الظواهر ، ولأنه ماء لاقى جسماً طاهراً فلم ينجسه كما لو استعمل في تبرد أو تنظف .

---

(١) القلتين : واحدتهما قله وهي الجرة سميت بذلك لأن الرجل العظيم يقلها بيديه أي يرفعها وهي تسع فرق ، والفرق يسع أربعة أصواع بصاع النبي ﷺ (المصباح المنير ص ٥١٤ ، المطلع ص ٧) .

(٢) كذا في (ق) والصواب : وخالفنا ، لمقابلة وافقنا في أول الكلام .

(٣) انظر الكافي ص ١٥ ، الذخيرة : ١/ ١٦٣ ، الأم : ١/ ٤- ٥ ، مختصر المزني (٩).

(٤) وهو عموم النصوص من الكتاب والسُّنَّة .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٤ ، الذخيرة : ١/ ١٦٥ ، الكافي ص ١٦ .

(٦) انظر مختصر الطحاوي ص ١٦ ، **وأبو يوسف** : هو يعقوب بن إبراهيم بن صبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، صاحب الإمام أبو حنيفة وتلميذه كان فقيهاً من حُفَّاظ الحديث، وهو أول من دعي قاضي القضاة ، حدث عنه أحمد بن حنبل وأسد بن الفرات وغيرهما (ت ١٨٢ هـ) (أخبار القضاة : ٣/ ٢٥٣ ، سير أعلام النبلاء : ٨/ ٥٣٥) .

فصل [٧] :

والتطهير به مكروه غير محظور [١] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] في قولهما إنه كسائر المائعات ، لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وأنزلنا من السماء ماء طهوراً ﴾[٣] ، والطهور الطاهر المطهر ، وقوله : ﴿ وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ﴾ [٤] ، فعم كل أحواله ، وروي أن بعض أزواج النبي ﷺ اغتسلت في جفنة فجاء النبي ﷺ ليغتسل منها أو ليتوضأ ، فقالت : إني كنت جنباً فقال: « إن الماء لا يجنب » [٥] ، وروي : « لا جنابة عليه » ، ولأن أوصافه باقية كالذي لم يستعمل .

فصل [٨ - الوضوء بنبيذ التمر] :

ولا يجوز الوضوء بنبيذ التمر [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، لقوله تعالى : ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ [٨] ، فلم يجعل بين الماء والصعيد واسطة والمخالف يجعل بينهما واسطة وهي النبيذ ، ولأنه مائع لا يجوز الوضوء به حضراً فلم يجز سفراً كسائر المائعات عكسه الماء لما جاز التطهير بجميع أنواعه حضراً جاز التطهر به سفراً .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٤ ، الكافي ص ١٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٦ ، المجموع : ١/ ٢٠٣ .

(٣) سورة الفرقان ، الآية : ٤٨ .

(٤) سورة الأنفال ، الآية : ١١ .

(٥) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : الماء لا يجنب : ١/ ٥٥ ، والنسائي في المياه: ١/ ١٤١ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : الرخصة بفضل وضوء المرأة : ١/ ١٣٢ ، والترمذي في الطهارة ، باب : الرخصة في فضل طهور المرأة ، وقال : حسن صحيح : ١/ ٩٤ ، في رواية النسائي : « لا ينجسه شيء » .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٤ ، الكافي ص ١٥ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٥ .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٦ .

فصــل [٩ - إذا وقع في الماء ما لا نفس له سائله] :

ما لا نفس له سائلة كالذباب والصرار [١] ، إذا مات في الماء لم ينجسه [٢] خلافاً للشافعي [٣] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فاملقوه ، فإن في إحدى جناحه دواء وفي الآخر داء ، وإنه يقدم الداء ويؤخر الدواء » [٤] . وهذا يدل على أنه لا ينجسه وإلا كان أمراً بإضاعة المال ، والإجماع من الأمة في سائر الأعصار على جواز أكل الخل الذي تموت فيه الدود[٥] .

فصــل [١٠] :

فإذا ثبت أنه لا ينجس ما مات فيه : فإن مات في ماء نظر ، فإن لم يغيره فالماء مطلق على أصله قبل موته فيه ، فإن غيره سلبه التطهير وجعله مضافاً [٦] كسائر الأشياء الطاهرة [٧] .

فصــل [١١ - إذا مات في الماء حيوان] :

أما ماله نفس سائله إذا مات في الماء : فإن كان من دواب البر فعقد الباب فيه[٨] : أنه إن تغير فهو نجس قليلها كان أو كثيراً لا يحل شربه ولا بيعه ولا

---

(١) الصرار : طائر يطير بالليل ويقفز ويطير والناس تظنه الجندب ، والجندب يكون في البراري (المصباح المنير : ٣٣٨) .

(٢) انظر : المدونة ص ٤٨ ، الكافي ص ١٦ .

(٣) في أحد قوليه (انظر الأم : ١/٥ ، مختصر المزني ص ٨) .

(٤) أخرجه البخاري في الطب ، باب : إذا وقع الذباب في الإناء : ٧/٣٣ ، بدون لفظة : « وأنه يقدم الداء ويؤخر الدواء » ، وأخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه في الطب ، باب: يقع الذباب في الإناء : ٢/١١٥٩ .

(٥) انظر : المغني : ١/٤٣ ، المجموع : ١/١٨٨٢ .

(٦) أي لم يكن مطلقاً .

(٧) انظر : المدونة : ١/٤ ، الذخيرة : ١/١٦٢ ، الكافي ص ١٦ .

(٨) عقد الباب : أي ما يجمع الباب من أحكام .

استعماله في طهارة ولا أكل شيء عجن به ، وإن لم يتغير فهو في الحكم طاهر مطهر إلا أنه يكره استعماله إذا كان قليلاً أو كانت البئر صغيرة ، ويستحب أن يطرح [1] منها بقدر ما تطيب به النفس ليس في ذلك حد ، وإنما هو على حسب كثرة الماء وقلته وصغر البئر وكبرها [2] .

فصل [١٢ - موت دواب الماء في الماء] :

وأما دواب الماء التي لا تعيش إلا فيه كالسمك والسرطان والسلحفاة ، وغير ذلك فإنه طاهر في عينه لا ينجس إذا مات ، ولا ينجس ما مات فيه تغير أو لم يتغير إلا أنه إن غير الماء منع الوضوء به من جهة الإضافة فقط [3] ، والأصل في هذه الجملة قوله صلى الله عليه وسلم في البحر : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[4] ، ولأنه لا يحتاج إلى ذكاة فلم تلحقه نجاسة كسائر الطعام والشراب .

فصل [١٣ - سؤر الكلب] :

الكلب طاهر وسؤره مكروه ، وفي الحكم أنه طاهر مطهر [5] (خلافاً للشافعي[6] في قوله : إن الكلب نجس ودليلنا) [7] لأنه حي فأشبه الحيوان ، ولأن كل حي نجساً بعد الموت ، فإن الحياة علة لطهارته كسائر الحيوان ، ويدل على طهارة سؤره قوله تعالى : ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ [8] ، ولم يأمر بغسله ، وقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال : « لها ما حملت في بطونها ولكم ما بقي شراباً

---

(١) في (م) : ينزح .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٤ ، المقدمات : ١/ ٩٣ ، الذخيرة : ١/ ١٧١ ، الكافي ١٦ .

(٣) انظر : المقدمات : ١/ ٩٣ ، الكافي ص ١٦ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٧٥) .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٥-٦ ، التفريغ : ١/ ٢١٤ .

(٦) انظر : الأم : ١/ ٦ ، مختصر المزني ص ١ .

(٧) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

وطهوراً »[1] ، ويدل على أن غسل الإناء منه تعبد[2] ، فنقول : لأنه غسل مقيد بعدد فأشبه الوضوء .

فصل [١٤ - غسل الآنية إذا ولغ فيها الكلب] :

إذا ثبت أنه طاهر ، فإذا ولغ[3] الكلب في الإناء غسل سبعاً للخبر وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات »[4] وذلك تعبد عندنا لا لنجاسته ، ولا يختلف المذهب أن الإناء يغسل من ولوغه إذا كان فيه ماء ، فأما إذا كان فيه لبن أو خل أو غسل ، ففي غسله روايتان[5] : فإذا قلنا : إنه يغسل فلعموم الخبر وقياساً على الماء ، وإذا قلنا : إنه لا يغسل فلأن الغسل من ولوغه تعبد لا تعرف عِلَّته فلا يقاس عليه والخبر وارد في الماء ، فلا يجوز تعديه ، ولأن الماء يخف أمره لكثرته ، وعدم التشاح فيه ، ولأنه لا خطر لثمنه وسائر الأطعمة والأشربة بخلافه .

فصل [١٥ - سؤر النصراني والسباع] :

ويكره الوضوء بسؤر النصراني[6] ، لأنه لا يتوقى النجاسات من الخمر وأكل الخنزير ، وكذلك سؤر كل حيوان لا يتوقى النجاسات كالدجاج المخلاة[7] ، وسائر السباع وكل هذا كراهية وليس بتحريم .

* * *

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطهارة ، باب : الحياض : ١/ ١٧٣ ، بلفظ : « لها ما حملت في بطونها ولنا ما غبر طهور » وهو معلول بعبد الرحمن بن زيد ضعيف لا يحتج بأمثاله (نصب الراية : ١/ ١٣٦) .

(٢) التعبد : معناه أنَّا لا نعلم مصلحته ، لا أنه ليس فيه مصلحة (الذخيرة : ١/ ٦٣)

(٣) في (ق) : أولغ .

(٤) أخرجه مسلم في الطهارة ، باب : حكم ولوغ الكلب : ١/ ٢٣٤ .

(٥) روي ابن القاسم عن الإمام مالك نفي غسله ، وروي ابن وهب عنه إثباته (انظر المدونة : ١/ ٥ ، التفريغ : ١/ ١٤) .

(٦) انظر : الذخيرة : ١/ ١٧٩ ، والحكم يشمل جميع المشركين .

(٧) الدجاج المخلاة : يعني بها الدجاج المرسل الذي يجوب الشوارع فيأكل القذرة وغيرها .

باب الدماء

الدماء التي تزجيها الرحم ثلاثة : دم حيض [1] ، ودم نفاس [2] ، ودم عِلَّة وفساد وهو الاستحاضة [3] ، فأما دم الحيض والنفاس فيمنعان وجوب الصلاة وصحة فعلها ويمنعان صحة الصوم دون وجوبه ، وفائدة (الفرق بينهما) [4] أنهما إذا زالا لزم قضاء الصوم ولم يلزم قضاء الصلاة ، ويمنعان الجماع في الفرج وما دونه ، ويمنعان الطواف ومس المصحف ودخول المسجد والاعتكاف .

فصــل [١] :

وفي منعهما قراءة القرآن خلاف فيه [5] .

فصــل [٢ - الدليل على منع وجوب الصلاة على الحائض والنفساء] :

فأما منعهما وجوب الصلاة [6] فلما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها

---

(١) الحيض : دم يلقيه الرحم إذا بلغت المرأة (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ٣٩) .

(٢) النفاس : دم إلقاء حمل (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ٤١) .

(٣) الاستحاضة : استمرار الدم بعد تجاوز أيام الحيض (المغرب ص ١٣٥ - حدود ابن عرفة ص ٤٠) .

(٤) في (ق) : ذلك .

(٥) فقد روى ابن القاسم وابن عبد الحكم عن الإمام مالك جواز قراءتها ، وروي أشهب منعها (انظر التفريع : ٢٠٦/١) .

(٦) انظر : المدونة : ٥٥/١ - ٥٦ ، التفريع : ٢٠٦/١ ، الرسالة ص ٨٦ ، الكافي ص ٣١ .

قالت: « كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة »[1] ، ولأن ذلك إجماع[2] .

فصــل [٣ - الدليل على منع الحائض فعل الصلاة] :

وأما منعها من صحة فعلها[3] فلقوله صلى الله عليه وسلم : « دعي الصلاة أيام أقرائك »[4] ، وقوله : « إذا كان فامسكي عن الصلاة »[5] ، ولأنهما يمنعان رفع الحدث فمنعا الأداء ، ولا خلاف أيضاً في ذلك .

فصــل [٤ - الدليل على منع أداء الصوم للحائض والنفساء لا الوجوب] :

فأما منعهما فعل الصوم فلا خلاف فيه[6] ، وكذلك لا خلاف أنهما لا يمنعان (وجوبه)[7] ، وإن منعا أداءه[8] ، ويدل (على ذلك)[9] حديث عائشة

---

(١) أخرجه البخاري في الحيض ، باب : لا تقضي الحائض الصلاة : ١/ ٨٣ ، ومسلم في الحيض ، باب : وجوب قضاء الصوم على الحائض دون الصلاة : ١/ ٢٦٥ .

(٢) انظر : الإجماع ص ٣٧ ، شرح مسلم - للنووي : ٣٢٩٨/٢ ، بداية المجتهد : ٥٤/١ ، المجموع : ٣١٨/٢ ، فتح الباري : ٦٥/١ .

(٣) انظر : المقدمات : ١٣٥/١ ، الذخيرة ص ٣٧٤ ، الكافي ص ٣١ .

(٤) أخرجه أبو داود في الحيض ، باب : من قال : تغتسل من طهر إلى طهر : ٢٠٩/١ ، وابن ماجة في الحيض ، باب : المستحاضة التي عدت أيام أقرائها : ٢٠٤/١ ، والترمذي في الحيض ، باب : ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ، وقال : هذا حديث تفرد به شريك عن أبي اليقظان ، وقال ابن حجر : إن إسناده ضعيف (تلخيص الحبير : ١/ ١٧٠) .

(٥) أخرجه مسلم في الحيض ، باب : المستحاضة وغسلها وصلاتها : ٢٦٢/١ ، بلفظ: « فإذا أقبلت الحيض فدعي الصلاة » ، وهو بلفظ المصنف عند أبي داود في الطهارة، باب : من قال : إذا قبلت الحيضة تدع الصلاة : ١٩٧/١ .

(٦) انظر : الإجماع ص ٣٧ ، المغني : ٣٠٨/١ .

(٧) في (ق) ، و(م) : مطموسة .

(٨) أي أنه لا يصح معهما الصيام من غير إسقاط وجوبه .

(٩) في (ق) : عليه .

رضي الله عنها : أنها قالت : « كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة»[1] ، والفرق بينهما لحوق المشقة في قضاء الصلاة لتكرارها وكون ذلك مؤدياً إلى فوات ما يجب في المستأنف إلا بالمداومة إلى أن يفرغ من الماضي ، والصوم بخلافه لأنه غير متكرر ولا يؤدي إلى ضيق أو حرج .

فصل [٥ - الدليل على منع الجماع في الفرج للحائض والنفساء] :

وأما منعهما من الجماع في الفرج فلقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ [2] ، والأخبار متظاهرة بذلك ، ولا خلاف فيه [3] .

فصل [٦] :

فأما الوطء فيما دون الفرج [4] ، فممنوع عندنا ، خلافاً [5] لأصبغ [6] وغيره لقوله : ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ﴾ [7] فعم ، وروي أن النبي ﷺ

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٨٣) ، ووجه الدلالة منه من باب اللزوم ، أي إذا أمر بقضاء الصوم دل على أنها كانت ممنوعة من صومه ، وقد أخرج البخاري في الحيض ، باب : ترك الحائض الصوم عنه صلى الله عليه وسلم : « أليست إحداكن إذا حاضت لا تصوم ولا تصلي . . . » : ١/ ٧٨ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٢ .

(٣) انظر : المغني : ١/ ٣٣٣ ، المجموع : ٢/ ٢٧٤ .

(٤) في (م) : دونه .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٥٧ ، التفريغ : ١/ ٢٠٩ ، الذخيرة : ١/ ٣٧٦ .

(٦) هو قول أصبغ وابن حبيب (المقدمات : ١/ ١٣٦ ، الذخيرة : ١/ ٣٧٦) ، **وأصبغ هو** : أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع القرشي الأموي المصري ، كان فقيه بلده له تفسير غريب الموطأ ، وسماع عن ابن القاسم وآداب القضاء (ت ٢٢٥ هـ) (انظر الديباج : ١/ ٢٩٩ ، الشذرات : ٢/ ٥٦) .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٢ .

سئل عما يحل للرجل من امرأته إذا حاضت فقال : « ما فوق الإزار [1] وليس له ما دونه » [2] ، ولأنه وطء مقصود في العادة كالوطء في الفرج .

فصل [٧ - عدم جواز الوطء بعد الطهر وقبل الغُسل] :

ولا يجوز وطؤها بعد انقضاء الدم وقبل الغُسل [3] ، خلافاً لمن أجازه [4] ، لقوله تعالى : ﴿ فإذا تطهرن فآتوهن ﴾ [5] معناه : فإذا فعلن التطهير ، وانقطاع الدم الذي به تطهر ، ليس من فعلها ، ولأنها حائض انقطع دمها فأشبه انقطاعه قبل العشرة الأيام [6] ولم يمر بها وقت الصلاة .

فصل [٨] :

والاستمتاع بها فوق الإزار جائز [7] لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها : « شدي عليك إزارك ثم عودي إلى مضجعك » [8] ، وقوله :

---

(١) في (م) : إزارها .

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة ، باب : ما جاء في المذي : ١٤٦/١ ، بلفظ : « ما فوق الإزار والتعفف عن ذلك أفضل » ، وقال : ليس بالقوي ، وفي إسناده بقية (تلخيص الحبير : ١٦٧/١) .

(٣) انظر : الموطأ : ٥٨/١ ، التفريع : ٢٠٩/١ الكافي ص ٣١ .

(٤) أجازه أبو حنيفة إن انقطع الدم لأكثر الحيض وإن انقطع لدون ذلك لم يبح وطؤها حتى تغتسل (مختصر الطحاوي ص ٢٢) .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٢ .

(٦) في (م) : عشرة أيام .

(٧) انظر : المدونة : ٥٧/١ ، التفريع : ٢٠٩/١ ، الكافي ص ٣١ .

(٨) أخرجه مالك في الموطأ : ٥٨/١ ، هو مرسل ، وقد روي حديث بمعناه في الصحيحين .

(انظر : صحيح البخاري في الحيض ، باب : مباشرة الحائض : ٧٨/١ ، ومسلم في الحيض ، باب : مباشرة الحائض فوق الإزار : ٢٤٢/١) .

«للرجل من الحائض ما فوق الإزار وليس له ما دونه »[1] ، ولأن المنع من الفرج وما دونه لأجل ملاقاة الأذى وذلك مأمون فيما فوق الإزار .

فصــل [٩ - دليل منع الحائض والنفساء من الطواف] :

وأما منعهما الطواف[2] فلأمرين : أحدهما : منعهما من دخول المسجد ، وقد دللنا عليه فيما تقدم ، والآخر أن الطواف لا يصح إلا بطهارة ، وأما منعهما مس المصحف وقراءة القرآن ، فقد ذكرناه فيما تقدم .

فصــل [١٠ - دليل منع الحائض والنفساء من الاعتكاف] .

وأما منعهما الاعتكاف[3] : فلأنهما يمنعان شرطين من شروطه وهما : دخول المسجد وصحة الصوم ، ولا يمنعان وجوبه لأنهما لو نذرتاه في حال الحيض والنفاس أنهما يفعلانه بعد الطهر للزمهما إذا طهرتا ، فأما إن نذرتا أن تعتكفا حال الحيض والنفاس فلا يلزمهما سواء نذرتاه في المدة أو قبله ، لأن ذلك نذر معصية كما لو نذر إنسان صوم يوم النحر والفطر ، فإن قيل : فما الفرق بين هذا وبين أن ينذر اعتكاف ليلة ، لم قلتم على قول بعض أصحابكم يلزمه يوم وليلة؟ فإن كان الليل لا يصح فيه الصوم ، كذلك يجب أن يكون زمان الحيض والنفاس، قلنا : لا يجب ذلك والفرق بينهما واضح وهو : أن الليل زمان الاعتكاف على وجه ألا ترى أنه يحرم عليه في ليلة ما يحرم عليه في نهاره ، ولو فعل في ليله ما يفسد اعتكافه لبطل اعتكافه إلا أنه لا يصح إفراده لأنه تبع لنهاره، كما أن حال خروجه من المسجد يكون معتكفاً تبعاً لحال حصوله فيه فإذا كان كذلك فلم ينذر معصية ، وألزمناه يوماً وليلة ، لأن إيجاب التبع للمتبوع لأنه مشروط به ، كما لو نذر صلاة لكان قد أوجب على نفسه التطهر لها وزمان الحيض بخلافه لأنه ليس بزمان للاعتكاف على وجه لا تبعاً ولا غيره ، ألا ترى أنه إذا طرأ على الاعتكاف قطعه وإذا طرأ عليه الليل لم يقطعه والله أعلم .

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (١٨٥) .

(٢) انظر : المقدمات : ١/ ١٣٥ ، الكافي ص ٣٣ .

(٣) انظر : المقدمات : ١/ ١٣٦ ، الكافي ص ١٣٢ .

فصل [١١] :

وجميع ما ذكرناه من الظواهر وإن كان النص [١] فيها متناولاً للحيض وحده ، فإن النفاس ملحق به بالإجماع [٢] ، لأن أحداً لم يفرق بينهما في هذه الأحكام، أو بالقياس وهو أنه دم خارج من الفرج لا يكون إلا مع البلوغ .

فصل [١٢ - أقل الحيض] :

وأقل الحيض لا حد له [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة [٤] في قوله : ثلاثة أيام ، والشافعي [٥] في قول : إنه يوم وليلة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا كان الحيض فإنه دم أسود يعرف فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضيء وصلي » [٦] ، فلم يعلقه [٧] بأكثر من وجوده ورؤيته ، ولأن المبتدأة [٨] تترك الصلاة برؤية الدم بالإجماع [٩] . فلولا أنه حيض وإلا لم تؤمر بإضاعتها والتغرير بها، ولأنه دم يسقط فرض الصلاة، فلم يكن لأقله حد مخصوص كالنفاس.

---

(١) في (ق) : النقص .

(٢) انظر : المغني : ١/ ٣٣٧ .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٠٦ ، الكافي ص ٣١ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٢ - ٢٣ .

(٥) انظر : الأم : ١/ ٦٤ ، مختصر المزني ص ١١ .

(٦) أخرجه أبو داود في الطهارة في باب : من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة : ١/ ١٩٧ ، والنسائي في الطهارة ، باب : الفرق بين دم الحيض والاستحاضة : ١/ ١٠٢ ، والحاكم : ١/ ١٧٤ ، وقال : على شرط مسلم .

(٧) كونه صلى الله عليه وسلم علق حكم الصلاة بوجود دم لم ينازع فيه أحد ، فالاستدلال حينئذ خارج عن موضع النزاع لأن الأئمة يقولون بموجبه ، وإنما المطلوب إثبات أن الحديث يبين أقل الحيض أو أكثره ، وهذا الحديث لم يتطرق لذلك فلا شاهد فيه .

(٨) المبتدأة : هي التي لم يتقدم لها حيض قبل ذلك ، وكانت في سن تحيض أمثالها فيه (الفواكه الدواني : ١/ ١١٧) .

(٩) انظر : المغني : ١/ ٣٢٧ .

فصل [١٣ - أكثر الحيض] :

وأكثره خمسة عشر يوماً [١] ، خلافاً لأبي حنيفة [٢] قوله : أنه عشر أيام ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فامسكي عن الصلاة » [٣] ، فوجب استدامة ذلك ما لم يمنعه دليل ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تمكث إحداكن نصف عمرها لا تصلي » ، وروي : « شطر عمرها » [٤] ، فسوى بين ما تفعل فيه الصلاة وبين ما تتركها [٥] ، وذلك يقتضي أن يكون أكثر من عشرة أيام ، ويفرض الكلام في أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً ، فإن لم يسلم مخالفنا دللنا عليه في موضعه، وإن سلم بنينا مسألتنا عليه ، فقلنا : أن كل أيام من أيام الدم أبقت [٦]، لأقل الطهر وقتا من الشهر جاز أن يكون حيضاً كالعشرة وما دونها.

فصل [١٤ - أقل النفاس] :

ولا حد لأقل النفاس [٧] ، خلافاً لأبي يوسف إذ يقول : أقله أحد عشر يوماً [٨] ، لأن ذلك تقدير يرجع إلى دعوى ولا فصل بين مدعيها وبين مقابله لخلافهما ، لأن الرجوع في ذلك إلي الوجود وقد وجد كثير من النساء بنفس الساعة والدفعة [٩] .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٥٤ ، التفريع : ١/ ٢٠٦ ، الكافي ص ٣١ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٨٧) .

(٤) قال الحافظ ابن حجر : لا أصل له بهذا اللفظ ، وقال البيهقي في المعرفة : هذا الحديث يذكر بعض فقهائنا ، وقد طلبته كثيراً فلم أجد له إسناداً (تلخيص الحبير : ١/ ١٦٤) ، وأخرجه ابن حبان في سننه بلفظ : « .... فإنها تمكث شطر عمرها لا تصل » .

(٥) في (س) : تتركه .

(٦) أبقت سقطت من (ق) ، و(م) .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٥٩ ، التفريع : ١/ ٢٠٧ ، الكافي ص ٣١ .

(٨) انظر : بدائع الصنائع : ١/ ١٧٣ .

(٩) الدفعة : يعني الدفقة (المصباح المنير ص ١٩٦) .

فصـل [١٥ - أكثر النفاس] :

وفي أكثره روايتان [١] : إحداهما أن الرجوع فيه إلى العادة وما يعلم النساء أنه أقصى ما تجلسه المرأة ، والثانية أنه ستون يوماً وهذه أولى لأن ذلك قد وجد عادة مستمرة في النساء فيجب الحكم بكونه نفاساً .

فصـل [١٦ - أقل الطهر] :

فأما أقل الطهر الفاصل بين الحيضين : فقيل : ما يعلم أنه يكون طهراً من غير تحديد ، وقيل : خمسة ، وقيل : ثمانية ، وقيل : عشرة ، وقيل : خمسة عشر يوماً ، وعليه متأخرو أصحابنا البغداديين [٢] ، فوجه نفي التحديد : أن كل أمر وجب تحديده ولم يرد نص به وجب الرجوع فيه إلى العرف ، وكل ما قيل في ذلك يرجع إلى دعوى فلم يجب قبولها ، ورُجع إلى العادة ، ولذلك نظائر : منها العمل في الصلاة ، والقبض في البيع ، والحرز في القطع وغيره ، وقد أمر الله تعالى بالرجوع إلى النساء ، وجعلهن مُؤمَّنات فيما يخبرن به عن نفوسهن من ذلك [٣] فقال : ﴿ ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ﴾ [٤] ، وأما التحديد بالخمسة فذكر أحمد بن المعذل [٥] عن عبد الملك [٦] أنه معلوم

---

(١) انظر : المدونة : ٥٨/١ ، التفريع : ٢٠٧/١ ، الرسالة ص ٨٦ .

(٢) انظر : الرسالة ص ٨٦ ، التفريع : ٢٠٦/١ ، الكافي ص ٣١ .

(٣) وذلك أن الرجوع إلى العرف والعادة مبني على أقوال النساء وما اعتدن من ذلك في شأن الحيض وقولهن يجب الرجوع إليه .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٥) **أحمد بن المعذل** : ابن غيلان بن حكم ، شيخ المالكية بالعراق ، أبو العباس العبدي البصري ، شيخ إسماعيل القاضي ، كان من بحور الفقه صاحب تصانيف وفصاحة وبيان تفقه بعبد الملك بن الماجشون ومحمد بن مسلمة (الشذرات : ٩٥/٢ ، السير : ٥١٩/١١) .

(٦) **عبد الملك** : هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون القرشي من أصحاب مالك ، أُخذت عنه الفتوى ، أخذ عنه ابن حبيب وسحنون له : سماعاته ، وكتاب في الفقه وغيرها (ت ٢١٢ هـ) (الديباج : ٦/٢) .

بالتجربة وأنه قد وجد عادة مستمرة ، وأما الثمانية والعشرة فما نحفظ عن من قال بهما شيئاً يمكن أن يعتمد ويعول عليه ، وأما تحديده بخمسة عشر فلأن أقل الطهر يجب أن يكون في مقابلة أكثر الحيض ، تجري العادة بقلة أحدهما مع كثرة الآخر لأن الله تعالى جعل عدة المطلقة التي تحيض ثلاثة أقراء [1] ، وجعل عدتها إذا كانت يائسة [2] ثلاثة أشهر [3] ، فأعلمنا أن بدل كل قرء شهر ولا يصح إلا أن يكون أقيم مقام أقل الطهر وأكثر الحيض .

فصـل [١٧ - أكثر الطهر] :

ولا حد لأكثر الطهر لاختلاف العادات [4] وتفاوتها ، وكذلك الاستحاضة لاحد لأقلها ولا لأكثرها ولا خلاف في ذلك [5] .

فصـل [١٨ - المبتدأة] :

والحَيض على ضربين : مبتدأة ومعتادة [6] ، فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه ، ثم إن دام بها إلى أيام لداتها [7] ، وانقطع ، فذلك آخره فلتغتسل عند انقطاعه ولتصلي ، فإن زاد على أيام لذاتها ، ففيه ثلاث روايات [8] : إحداها

---

(١) في قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

(٢) في (م) : مؤسسة .

(٣) في قوله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ﴾ [الطلاق : ٤] .

(٤) في (ق) : العادة .

(٥) انظر الذخيرة : ١/٣٧٣ ، المقدمات : ١/١٢٦ ، الكافي ص ٣٠ .

(٦) في (م) : معتداه ، وهي : التي لها أيام معلومة يأتيها فيها الحيض (الفواكه الدواني : ١/١١٧) .

(٧) لداتها : جمع لدة وهي التي ولدت معها في عام واحد (الذخيرة : ١/٣٨١) .

(٨) انظر : المدونة : ١/٥٥ - ٥٦ ، التفريع : ١/٢٠٧ ، الرسالة ص ٨٦ ، الكافي ص ٣١ .

أنها تجلس بذلك القدر فقط ، ثم تكون مستحاضة ، والثانية أنها تستطهر [١] عليه بثلاثة أيام ، ثم تكون مستحاضة ، (والثالثة أنها تجلس ما دام الدم بها إلى أن تبلغ خمسة عشر يوماً ، فإن زادت كانت مستحاضة) [٢] ، فوجه الأولى هو أن أمر الحيض مجتهد فيه فلما أمكن أن تكون حائضاً أقل الحيض وأكثره وما بينهما وجهل أمرهما لم يكن الحكم ببعض ذلك بأولى من الحكم بغيره ، فكان أولى الأمور ردها إلى عادة لداتها وأقرانها ، لأن الأغلب تناسب طباعهن إذ ليس ما هو وأولى منه ، ووجه الاستظهار قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أسماء الحارثية : « اقعدي أيامك التي كنت تقعدين واستظهري بثلاثة أيام ثم اغتسلي وصلي » [٣] ، فإذا ثبت ذلك في المعتادة قسنا عليها المبتدأة بعلة أنها حائض أشكل عليها مدة أكثر حيضها ، ولأنه مائع خارج من البدن أشكل أمره فطلب التمييز بينه وبين غيره ، فجاز أن يعتبر بثلاثة أيام كلبن التصرية ، ووجه الثالثة أن كل دم خرج من الفرج في زمن فالحيض [٤] أولى به لأنه لما أمكن أن يكون الحيض منتقلاً من زيادة إلى نقصان ومن نقصان إلى زيادة وجب أن يحكم له بالظاهر وهو أنه حيض لبقاء زمانه ولا مانع منه .

فصل [١٩ - المعتادة] :

فأما المعتادة ففيها روايتان [٥] : إحداهما الاستظهار على أيام عادتها بثلاثة أيام والأخرى الجلوس ما دام الدم بها إلى أقصى مدة الحيض وقد ذكرنا وجوهها .

---

(١) استطهرت : أي تحريت وأخذت بالاحتياط ، والاستظهار طلب الطهارة (المصباح المنير : ٣٨٨/٢) .

(٢) ما بين قوسين مطموس في (ق) ، و(م) .

(٣) أخرجه البيهقي : ٣٣/١ ، وفيه حرام بن عثمان ضعيف لا تقوم بمثله حُجَّة ولفظه: « امكثي ثلاثاً » .

(٤) فالحيض أسقطت من (ق) ، و(م) .

(٥) انظر : المدونة : ٥٨/١ ، التفريع : ٢٠٧/١ ، الكافي ص ٣٢ - ٣٣ .

فصـل [٢٠ المستحاضة] :

فإذا تمادى الدم بعد الأيام المحكوم بكونها حائضاً فيها ، والمبتدأة والمعتادة سواء[١] ، فإنما تكون مستحاضة فتغتسل وتصلي وتصوم وتوطأ ويحكم لها بحكم الطاهر ، ثم لا تزال كذلك إلى أن تنقضي مدة أقل الطهر على ما بيناه من الاختلاف ، فإذا مضت نُظر ، فإن كان الدم قد انقطع قبلها ثم رأت الدم بعد مضيها فذلك حيض مستأنف ، لأن مضي المدة الفاصلة بين الدمين يوجب كون الدم الثاني حيضاً ، وإن اتصل الدم بعد مضي مدة أقل الطهر نظر : فإن كان متغيراً إلى صفة دم الحيض حكم بأنها حائض من وقت تغيره سواء كان تغيره عند تقضي أقل الطهر بلا فصل أو بعده ، وإن لم يتغير فالاستحاضة ثابتة فتصلي أبداً حتى يوجد التغيير ، ولا يعتبر بتغيره قبل مضي مدة أقل الطهر أو بقائه على لونه، وإنما يعتبر بالتمييز بعد المدة على ما وصفناه [٢] .

فصـل [٢١ - اتصال وانقطاع أيام الحيض والنفاس] :

وأيام الحيض والنفاس قد تتصل وقد تنقطع ، فإذا اتصلت فالحكم ثابت لها ، وإذا انقطعت فرأت الدم يوماً والطهر يوماً أو رأت الدم يومين والطهر يوماً أو يومين : فإنها تترك الصلاة في أيام الدم وتغتسل عند انقطاعه وتصلي وتصوم ثم تُلفق أيام الدم وتلغي أيام الطهر المتخللة لها ولا تحتسبها طهراً في عدة ولا استبراء، فإذا كمل لها من أيام الدم مدتها المعتبرة على الاختلاف الذي بيّناه اغتسلت وصلت وكانت مستحاضة إلى أن يتغير الدم عليها تغيراً تعلم أنه دم حيض [٣] على ما قدمناه .

---

(١) سواء : سقطت من (ق) .

(٢) انظر : المدونة : ٥٦/١ ، التفريع : ٢٠٨/١ ، الكافي ص ٣٣ .

(٣) في (م) : حيضة .

فصـل [٢٢ - هل تحيض الحامل] :

الحامل تحيض [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] لقوله صلى الله عليه وسلم : « دم الحيض أسود يعرف ، فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة » [3] فعم ، ولأنها رأت الدم في أيامها المعتادة فصح أن تكون حائضاً كالحائل [4] ، ولأنه دم يمنع الصلاة والصوم فصح وجوده مع الحمل كالنفاس ، لأن أبا حنيفة يقول : إذا وضعت ولداً وبقي [في بطنها ولد آخر] [5] ، ورأت في خلال الوضعين دماً ، فإنه نفاس ، ولأن العوارض التي تمنع الحيض لا تمنعه جملة كالمرض والرضاع ، وبذلك فارق الإياس لأنه خلقة وليس بعارض ، ولأنه قد ثبت أن الحائض تحمل فصح أن الحامل تحيض .

فصـل [٢٣ - استمرار الدم بالحامل] :

اختلف عنه إذا تطابق [6] الدم بها هل تستظهر أم لا ، فعنه فيه روايتان [7] : إحداهما أنها تستظهر اعتباراً بالحائل ، والأخرى لا تستظهر لأن أمرها [8] ضعف من أمر غيرها لأن حيضها مختلف فيه وثبوته من طريق الاجتهاد فضعف أمرها عن الحائل ، والله أعلم .

---

(١) انظر : المدونة : ٥٩/١ ، التفريع : ٢٠٨/١ .

(٢) انظر : مختصر القدوري : ٤٧/١ - ٤٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٨٧) ، وهذا الحديث ليس فيه دلالة ، والحديث سبق لبيان حكم الصلاة أيام الحيض ، وأما الحامل تحيض فلا شاهد فيه على الإطلاق ، وقد جاءت السنة بخلاف هذا وهو قوله صلي الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضه » أخرجه أبو داود في كتاب النكاح ، باب : وطء السبايا: ٦١٤/٢ ، فجعل صلى الله عليهه وسلم وجود الحيض علماً على براءة الرحم.

(٤) الحائل : التي لا حمل بها (التفريع : ٢٠٨/١) .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ وأكمل النقص من السياق .

(٦) في الإشراف هكذا ولعلها تمادى أو استمر .

(٧) انظر : المدونة : ٥٨/١ - ٥٩ ، التفريع : ٢٠٧/١ ، الكافي ص ٣٣ .

فصـل [٢٤ - حكم الصفرة والكدرة] :

والصفرة [١] والكدرة [٢] حكمهما حكم الدم ، فهما في أيام الحيض حيض وفي أيام النفاس نفاس ، وفي أيام الاستحاضة استحاضة ، والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها : « كنا نعد الصفرة والكدرة في أيام الحيض حيضاً » [٣] ، ولأنها صفة للدم كالحمرة والسواد .

فصـل [٢٥ - علامات طهر الحائض] :

وللطهر علامتان [٤] : الجفوف [٥] والقصة البيضاء [٦] ، وكل واحد منهما يكون علامة لطهر من جرت عادتها به ، وإن رأته غير من جرت عادتها به كان طهراً لها أيضاً لإمكان انتقال العادة على اختلاف بين أصحابنا [في ذلك] [٧] ، [٨] .

* * *

---

(١) الصفرة : لون للدم دون الحمرة يشبه الصديد وتعلوه صفرة (الفواكه الدواني : ١/١٦) .

(٢) الكُدرة - بضم الكاف - وهو الدم الكدري الذي يشبه غسالة اللحم (الفواكه الدواني: ١/١١٦) .

(٣) قال النووي : لا نعلم من رواه بهذا اللفظ ، وأخرجه البيهقي : ١/٣٣٧ ، وقال : روي بإسناد ضعيف (تلخيص الجبير : ١/ ١٧٠) .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٥٥ ، الرسالة ص ٨٥ ، الكافي ص ٣١ .

(٥) الجفوف : وهي أن تدخل المرأة خرقة في فرجها ، فتخرج جافة ليس عليها شيء من أنواع الدم (انظر : المدونة : ١/٥١ ، والفواكه الدواني : ١/ ١١٥ - ١١٦) .

(٦) القصة البيضاء : أي الماء الأبيض الذي يخرج آخر الحيض كالجير لأن القصة مأخوذة من القص وهو الجير (انظر الفواكه الدواني : ١/ ١١٥) .

(٧) ما بين معقوفتين مطموسة في (ق) ، و(م) .

(٨) في ق : ثم كتاب الوضوء بحمد الله - يتلوه كتاب الصلاة إن شاء الله بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على محمد وآله .

كتاب الصلاة

الصلوات المفروضات ابتداء بالشرع خمس وهي : الظهر ، والعصر ، والمغرب ، والعشاء الآخرة ، والصبح ، فأما الجمعة فإنها بدل من الظهر ولها باب مفرد ، وهذه الصلوات فرائض على الأعيان (٢) ، لا خلاف بين الأمة (٣) في ذلك ، فهي متعلقة بمواقيت لا يجوز تقديمها عليها ولا تأخيرها عنها ، ونحن نبين ذلك إن شاء الله .

فصل [١ - وقت صلاة الظهر] :

أما الظهر : فأول وقتها الذي لا يجوز قبله زوال الشمس (٤) ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ (٥) ، ودلوكها ميلها للزوال ، وحديث جبريل أنه صلى بالنبي صلى الله عليهما الظهر في اليوم الأول حين زالت الشمس ، وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثله ، وقال : « الوقت بين هذين » (٦) ، فدل أن ما قبله ليس بوقت لها .

---

(١) الصلاة لغة : الدعاء ، وفي الاصطلاح : قربة فعلية ذات إحرام وسلام أو سجود فقط (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ٤٣) .

(٢) يعني تعلق الفرض بكل عين ولا يكفي البعض (شرح تنقيح الفصول ص ١٥٥) .

(٣) انظر : مراتب الإجماع ص ٢٤ ، ٢٥ ، المجموع : ٣/٤ ، ٥١ ، المغني : ٣٦٩/١ ، المحلي : ٣٠٨/٢ .

(٤) انظر : المدونة : ٦٠/١ ، التفريع : ٢١٩/١ ، الرسالة ص ١٠٨ .

(٥) سورة الإسراء ، الآية : ٧٨ .

(٦) أخرجه النسائي في الصلاة ، باب : أول وقت العشاء : ٢١١/١ ، والترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في مواقيت الصلاة : ٢٨١/١ ، وقال الترمذي : قال محمد (يعني البخاري) : حديث جابر أصح شيء في المواقيت ، والحاكم في المستدرك ، وقال : صحيح الإسناد : ١٩٣/١ .

فصـل [٢ - معرفة الزوال] :

ومعرفة الزوال : هو أن يدير دائرة صحيحة في مكان [١] مستوٍ من الأرض ويقيم في وسطها عوداً مستوياً فتراه أول النهار طويلاً خارجاً من الدائرة ، ثم لا يزال في نقصان كل ما قرب من الزوال إلى أن ينتهي إلى حد يقف عنده [٢] ، ثم يعد في الطول فذلك هو علامة الزوال .

فصـل [٣ - تأخير الظهر عن الزوال في مساجد الجماعات] :

ويستحب أن يؤخر عن الزوال في مساجد الجماعات إلى أن يكون الفيء [٣] ذراعاً [٤] ، خلافاً للشافعي [٥] ، لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري بذلك [٦] ، ولأن في ذلك فضيلة أدائها في الجماعة لأنها صلاة تدرك الناس متشاغلين بمعايشهم ومتصرفاتهم غير متأهبين ، فلو صليت في أول الوقت لفاتتهم فضيلة الجماعة فاستحب تأخيرها قليلاً ليدرك فضلها .

فصـل [٤ - آخر وقت الظهر المختار] :

وآخر وقتها المختار : إذا كان الظل مثله والاعتبار بالمثل من زيادته بعد تناهي نقصانه لا من أصله [٧] ، وقد قال أبو حنيفة [٨] : آخره إذا كان الظل مثليه ، دليلنا حديث جبريل أنه صلى بالنبي صلى الله عليهما الظهر في اليوم الأول حين

---

(١) مكان : سقطت من (م) .
(٢) في (م) : عليه .
(٣) الفيء : الظل (المصباح المنير ص ٤٨٦) .
(٤) انظر : المدونة : ١/ ٦٠ ، الرسالة ص ١٠٩ ، التفريع : ١/ ٢٢٠ .
(٥) انظر : الأم : ١/٧٢ - ٧٣ ، مختصر المزني ص ١٣ .
(٦) انظر : مصنف عبد الرزاق : ١/٥٣١ ، مصنف ابن أبي شيبة : ١/٤٩ .
(٧) انظر : المدونة : ١/ ٦٠ ، التفريع : ١/٢١٩ ، الرسالة ص ١٠٩ .
(٨) فيما رواه عنه أبو يوسف ، أما ما رواه الحسن بن زياد وغيره عن أبي حنيفة ، أن الظل إذا صار مثله خرج وقت الظهر (مختصر الطحاوي ص ٢٣) .

زالت الشمس ، وفي اليوم الثاني حين كان الظل مثله ثم قال : « الوقت بين هذين »[(١)] ، ولأنها صلاة تجمع إلى ما بعدها فكان وقتها أقصر من الذي يليها كالمغرب .

فصل [٥ - آخر وقت الظهر وأول وقت العصر] :

إذا كان الظل مثله فهو آخر وقت الظهر ، وهو بعينه أول وقت العصر ، وهو وقت مشترك بينهما ، فإذا زاد على المثل زيادة بيِّنة خرج وقت الظهر ، وانفرد العصر بالوقت[(٢)] ، وقال الشافعي[(٣)] : لا يتداخل الوقتان ، ودليلنا حديث جبريل أنه صلي بالنبي عليهما الظهر في اليوم الثاني حين كان الظل مثله لوقت العصر بالأمس[(٤)] ، فدل على ما قلناه .

فصل [٦ - أخر وقت العصر] :

وآخر وقت العصر : إذا كان الظل مثليه[(٥)] لحديث جبريل[(٦)] أنه صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثليه ، ولأنها صلاة حد الظل أولها ، فوجب أن يحد به آخرها كالظهر .

فصل [٧ - وقت المغرب] :

ووقت المغرب : غيبوبة الشمس ، لأن جبريل صلاها بالنبي صلى الله عليهما في اليومين جميعاً حين أفطر الصائم[(٧)] ، ولا خلاف في ذلك[(٨)] .

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٢) انظر : المدونة : ١/ ٦٠ ، التفريع : ٢١٩/١ ، الرسالة ص ١١ .
(٣) انظر : الأم : ٧١/١ ، مختصر المزني : ١١ .
(٤) أخرجه الترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في مواقيت الصلاة : ٢٨٢/١ ، وقال: حديث حسن صحيح .
(٥) انظر : التفريع : ٢١٩/١ ، المقدمات ص ١٤٨ ، الكافي ص ٣٤ .
(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٨) انظر الإجماع ص ٣٨ ، الاستذكار - لابن عبد البر : ٤٢/١ ، المغني : ٣٨١/١

فصـل [٨ - في أن وقت المغرب واحد] :

ووقتها واحد [١] ، خلافاً لأبي حنيفة [٢] ، للخبر الذي رويناه [٣] ، ولأنها صلاة مفروضة من الخمس ، فوجب أن يكون وقتها كجنس عددها من شفع أو وتر كسائر الصلوات .

فصـل [٩ - وقت العشاء] :

ووقت العشاء الآخرة : مغيب الشفق لحديث جبريل أنه صلاها بالنبي ﷺ في اليوم الأول حين غاب الشفق ، ولا خلاف في ذلك [٤] .

فصـل [١٠ - معنى الشفق] :

والشفق الحمرة [٥] ، خلافاً لأبي حنيفة [٦] في قوله : إنه البياض ، لحديث جبريل أنه صلى بالنبي ﷺ العشاء في اليوم الأول حين غاب الشفق [٧] ، والاسم ينطلق على الأمرين ، فيجب حمله على أسبقهما وهو الحمرة ، وفي حديث جابر : « أنه صلى الله عليه وسلم صلى بالسائل له العشاء الآخرة قبل مغيب الشفق»[٨]، وقد ثبت أنه ليس المراد بذلك الحمرة، فثبت أنه قبل مغيب[٩]

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٦٠ ، التفريع : ٢١٩/١ ، الرسالة ص ١١١ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٣ .

(٣) لحديث جبريل الذي سبق ذكره .

(٤) انظر : المغني : ٣٨٢/١ ، المجموع : ٣/ ٤١ .

(٥) الشفق : هي الحمرة التي تكون بعد مغيب الشمس (التفريع : ٢١٩/١ ، الرسالة ص ١١١) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) سبق تخريج الحديث .

(٩) مغيب : سقطت من (م) .

البياض ، وذكر عن الخليل بن أحمد [١] ، وابن أويس [٢] ، وغيرهما : أن البياض لا يغيب إلى طلوع الفجر .

فصل [١١ - آخر وقت العشاء] :

وآخر وقتها ثلث الليل الأول [٣] خلافاً لأبي حنيفة [٤] في قوله : إنه نصف الليل ، لحديث جبريل أنه صلى به - عليهما الصلاة والسلام - العشاء الآخرة في اليوم الثاني حين ذهب ثلث الليل ثم قال : « الوقت بين هذين » ، وكذلك في حديث جابر [٥] .

فصل [١٢ - تأخير العشاء في مساجد الجماعات] :

ويستحب في مساجد الجماعات تأخيرها ما لم يضر بالناس [٦] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لولا أن أشق على أُمتي لأخرت هذه الصلاة إلى ثلث الليل » وروي : « إلى شطر الليل » [٧] .

---

(١) **الخليل بن أحمد** : هو الخليل بن أحمد بن تميم الفراهيدي الأزدي اليحمدي ، أبو عبد الرحمن من أئمة اللغة والأدب وواضع علم العروض وهو أستاذ سيبويه ، له كتاب العين في اللغة (ت ١٧٠ هـ) (وفيات الأعيان : ١/ ١٧٢) .

(٢) **ابن أويس** : هو الإمام الحُجَّة ، أبو القاسم عبد العزيز بن عبد الله بن يحيى بن عمرو بن أويس بن سعد بن أبي سرح القرشي العامري الأويسي المديني ، حدث عن عبد العزيز بن الماجشون ومالك وابن لهيعة ، وعنه البخاري وأبو داود والترمذي وأبو زرعة ، وثقه أبو داود وغيره ، بقي إلى سنة ٢٢٠ هـ (سير أعلام النبلاء : ١٠/ ٣٨٩) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٦١ ، التفريع : ١/ ٢١٩ ، الرسالة ص ١١١ ، الكافي ص ٣٥ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ١٠٢ ، حيث ورد : أن آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر .

(٥) سبق تخريج الحديثين في الصفحة (١٩٥) .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٠ - الرسالة ص ١١١ ، الكافي ص ٣٤ .

(٧) أخرجه ابن ماجه في الصلاة ، باب : وقت صلاة العشاء : ١/ ٢٢٦ ، الترمذي في الصلاة ، باب : تأخير العشاء الآخرة : ١/ ٣١١ ، وقال : حديث حسن صحيح ، وفي هذه الرويات شك في ثلث الليل أو نصفه ، وأخرجه الحاكم : ١/ ١٤٦ ، عن أبي هريرة وفيه إلى « نصف الليل » من غير شك .

وروي أنه صلى الله عليه وسلم أخرها ليلة حتى نام الناس ، فنودي فخرج فقال : « لولا سقم السقيم وضعف الضعيف لأخرتها إلى هذا الوقت »[1] ، ثم مدحهم فقال : « ما أحد ينتظرها غيركم »[2] .

فصـل [١٣ - وقت صلاة الفجر] :

ووقت صلاة الفجر : طلوع الفجر الثاني[3] وهو الضياء المعترض في الأُفق الذاهب فيه عرضاً يبتديء من المشرق معترضاً حتى يعم الأُفق ، وذلك لحديث جبريل عليه السلام أنه صلى به صلى الله عليه وسلم الفجر في اليوم الأول حين طلع الفجر ، وفي اليوم الثاني حين أسفر[4] ، وأما الفجر الأول الذي يسمى الكاذب ، فليس بوقت لها لأنه في الليل ولا يحرم الطعام ولا الشراب على الصائم .

فصـل [١٤ - آخر وقت الفجر] :

ووقتها ممتد ما لم تطلع الشمس ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « ووقت الصبح ما لم تطلع الشمس »[5] ، وفي حديث جبريل عليه السلام أنه صلى به في اليوم الثاني حين أسفر ثم قال : « الوقت بين هذين »[6] .

---

(١) إلى هذا الوقت : سقطت من (م) .

(٢) أخرجه النسائي في الصلاة ، باب : آخر وقت العشاء : ١/ ٢١٥ ، وابن ماجه في الصلاة ، باب : وقت العشاء : ١/٢٢٦ ، وأبو داود في الصلاة ، باب : في وقت العشاء: ١/٢٩٣ ، وقد تفرد أبو داود بالمدح الوارد في الحديث بقوله صلى الله عليه وسلم: « ولم تصلها أُمه قبلكم » . . وقال الحافظ ابن حجر : إسناده صحيح (تلخيص الحبير : ١/١٧٦) .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢١٩ ، الرسالة ص ١٠٨ ، الكافي ص ٣٥ .

(٤) سبق تخريج الحديث .

(٥) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : أوقات الصلوات الخمس : ١/ ٤٢٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث .

فصـل [١٥ - التغليس بالفجر] :

والتغليس [١] بها أفضل من الإسفار [٢] في الحضر والسفر [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة [٤] في قوله : إن الأسفار [٥] بها أفضل ، لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن أفضل الأعمال فقال : « الصلاة لأول وقتها » [٦] ، وروت عائشة رضي الله عنها : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس » [٧] ، ولأنها صلاة مفروضة مؤقتة [٨] غير مقصورة في السفر فكان تقديمها أفضل كالمغرب ، ولأن من أصلنا أنه يؤذن لها قبل وقتها ، وفائدة ذلك إدراك فضيلة التغليس بها ولا فائدة له سواه .

* * *

---

(١) التغليس : اختلاط ضياء الصباح بظلمة الليل (الفواكه الدواني ص ١٦٥) .

(٢) الأسفار : هو الظهور (غرر المقالة ص ١٠٨) .

(٣) انظر : المدونة : ٦١/١ ، التفريع : ١/ ٢٢٠ - ٢٢١ ، الرسالة ص ١٠٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤ .

(٥) في (م) : الإصباح .

(٦) أخرجه البخارى في مواقيت الصلاة ، باب : فضل الصلاة لوقتها : ١٣٤/١ ، ومسلم في الإيمان ، باب : بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال : ٨٩/١ - ٩٠ .

(٧) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة ، باب : وقت الفجر : ١/ ١٤٤ ، ومسلم في المساجد ، باب : استحباب التكبير بالصبح : ٤٤٥/١ .

(٨) هذه العبارة غير واضحة في جميع النسخ . ولعلها موفية .

باب الأذان [1] والإقامة [2]

الأذان والإقامة سنتان غير واجبتان [3] ، خلافاً لداود [4] إذ يقول بوجوب الأذان في الجماعة ، لأنه نداء بالصلاة فأشبه الإقامة ، واعتباراً بحال الانفراد .

فصـل [١ - الأذان في الجماعة الراتبة دون الانفراد] :

وسُنَّة الأذان في الجماعة الراتبة دون الانفراد وما يتفق من الجمع من غير قصر، وسُنَّة الإقامة في الجمع والانفراد [5] ، وذلك بأن الأذان إعلام بوجوب الصلاة ودعاء إليها وإنذار لمن يريد المجيئ إليها وهذا يختص بالجماعة ، لأن المفرد غير مريد لإعلام غيره فلم يلزمه ، والإقامة بخلافه لأنها أهبة للصلاة ليس المقصود بها الإعلام فكانت سُنَّة لكل مصل لنفسه [6] .

فصـل [٢ - صفة الأذان والإقامة] :

الأذان في غير الصبح سبع عشرة كلمة [7] وحكاية لفظه : الله أكبر ، الله أكبر، أشهد أن لا إلَه إلا الله ، أشهد أن لا إلَه إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول

---

(١) الأذان : الإعلام ، وفي الشرع : قربة بذكر مخصوص في وقت مخصوص لإعلام وقتها (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ٥٥) .

(٢) الإقامة : هي ألفاظ مخصوصة تذكر على وجه مخصوص عند الشروع في الصلاة المفروضة ذات الركوع والسجود (الفواكه الدواني : ١/ ١٧١) .

(٣) انظر التفريع : ١/ ٢٢١ ، وجاء في رسالة ابن أبي زيد : والأذان واجب في المساجد والجماعات الراتبة (الرسالة ص ١١٢) .

(٤) انظر : المجموع : ٣/ ٨٩ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٦٤ - ٦٥ ، التفريع : ١/ ٢٢١ ، الكافي ص ٣٧ .

(٦) في (م) : في نفسه .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٦٢ ، التفريع : ١/ ٢٢٢ ، الرسالة ص ١١٢ ، الكافي ص ٣٨ .

الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، ثم ترجع [(١)] بأرفع من صوتك فتقول : أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، حي على الصلاة ، حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، حي على الفلاح ، الله أكبر ، الله أكبر ، لا إله إلا الله ، ويزيد في نداء الصبح بعد حي على الفلاح : الصلاة خير من النوم ، الصلاة خير من النوم ، ولفظ الإقامة : الله أكبر ، الله أكبر ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، قد قامت الصلاة الله أكبر ، الله أكبر لا إله إلا الله ، والخلاف فيهما [(٢)] في خمسة مواضع : أحدها في التكبير أول الأذان ، والثاني في الترجيع [(٣)] ، والثالث في التثويب[(٤)] والرابع في إيتار الإقامة ، والخامس في قوله : قد قامت الصلاة ، وما سوى ذلك من ألفاظهما لا خلاف فيه .

فصل [٣ - تثنية التكبير في الأذان] :

فأما التكبير في أول الأذان ، فإنه عندنا مرتان [(٥)] ، وقال أبو حنيفة والشافعي[(٦)] أربع مرات ، ودليلنا : روى ابن وهب [(٧)] ،

---

(١) أن يذكر الشهادتين مرتين يخفض بهما صوته ثم يعيدهما رافعاً بهما صوته .

(٢) أي في ما بين الأذان والإقامة .

(٣) الترجيع : وهو أن يأتي بالشهادتين خافضاً بهما صوته ثم يرجعهما رافعاً بهما صوته (الفواكه الدواني : ١/ ١٧٢) .

(٤) التثويب : هو قول المؤذن في أذان الصبح : الصلاة خير من النوم (الفواكه الدواني: ١/ ١٧٣) .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٦١ ، الموطأ : ١/ ٧١ ، الرسالة ص ١١٢ ، التفريع : ١/ ٢٢٢ ، الكافي ص ٣٨ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤ ، تحفة الفقهاء ، الأم : ١/ ٨٤ ، مختصر المزني ص ١٢ .

(٧) **ابن وهب** : هو عبد الله بن وهب بن مسلم مولى ريحانة عبد الرحمن بن زيد بن أنس الفهري ، روي عن مالك والليث وابن عيينة ، روي عنه : سحنون ، وأصبغ ، =

عن عثمان بن الحكم الجذامي [1] عن ابن جريج [2] قال : حدثني [غير واحد من آل أبي محذورة أن أبا محذورة قال] [3] : أن رسول الله ﷺ علمني الأذان: الله أكبر ، الله أكبر ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله . . » الحديث [4] ، قال عطاء [5] : وما عُلِّمت تأذين [من مضى] [6] يخالف

= وأحمد بن صالح المصري ، صنف : « الموطأ الكبير » (ت ١٩٧ هـ) في مصر (المدارك: ١/ ٤٢١ - ٤٣١ ، شجرة النور الزكية ص ٦٠) .

(١) **عثمان بن الحكم** : الجذامي المصري من أصحاب مالك وهو أول من دخل علم مالك مصر ، روي عنه : يحيى بن سعيد الأنصاري ، وابن جريج ، ويونس بن زيد ، وروي عنه : أبو زرارة الليث بن عاصم ، وابن وهب وآخرون ، قال ابن حجر : صدوق له أوهام (ت ١٦٣ هـ) (ترتيب المدارك : ١/ ٣٠٩) .

(٢) **ابن جريج** : هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي ، أبو الوليد المكي ، أصله رومي ، عن حكيمة بنت رقيقة ، وعطاء بن أبي رباح ، وزيد بن أسلم ، روي عنه: الأوزاعي ، والليث ، وابن وهب ، ثقة ، فقيه ، فاضل ، كان يدلس ويرسل (التقريب : ١/ ٥٢٠) .

(٣) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، وأكمل النقص من نص المدونة : ١/ ٦.

وأبو محذورة : أوس بن معير بن لوذان بن ربيعة بن سعد بن حج ، وقيل : اسمه سمير بن عمير مؤذن المسجد الحرام ، وصاحب رسول الله ﷺ ، حدث عنه ابنه عبد الملك وزوجته وابن أبي مليكة وابن محيرين وآخرون (ت ٥٩ هـ) (طبقات ابن سعد : ٥/ ٤٥٠، السير : ٣/ ١١٧) .

(٤) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : صفة الأذان : ١/ ٢٨٧ ، عن أبي محذورة بسند آخر ، أما السند الذي أورده به الحديث المصنف فهو في المدونة : ١/ ٦١ ، وهو ضعيف لأن فيه عثمان بن الحكم الجذامي وهو صدوق له أوهام (تخريج الأحاديث الواردة في المدونة - للدرديري : ١/ ٣٦١) .

(٥) **عطاء** : هو عطاء بن يسار أبو محمد المدني مولى ميمونة ، روى عن ابن عباس ، وأبي أسلم ، وبكير بن عبد الله بن الأشج ، قال يحيى بن معين : ثقة (ت ٩٤ هـ) (التقريب : ٢/ ٢٣) .

(٦) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ فأكلمته من المدونة : ١/ ٦٢ .

تأذينهم اليوم [١] ، ورواه عمار بن سعد القرظي [٢] عن أبيه : أن هذا الأذان أذان بلال الذي أمر رسول الله ﷺ به [٣] ، قال موسى بن هارون [٤] : وأذان بلال وسعد القرظي واحد ، وهو أذان أهل المدينة ، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة ونقل خلفهم عن سلفهم [٥] ، فلا يعارض بأحاديث الآحاد [٦] ، ولأنه أحد طرفي الأذان فكان مساوياً للإقامة فيه ، أصله لا إله إلا الله ، ولأنه نداء بالصلاة كالإقامة .

فصل [٤ - الترجيع في الأذان] :

وأما الترجيع فمن سُنَّته [٧] ، خلافاً لأبي حنيفة [٨] ، لحديث أبي محذورة رضي الله عنه الذي رويناه وفيه : « ثم ترجع فترفع صوتك » فيقول : أشهد أن

---

(١) نقل قول عطاء هذا ابن جريج (المدونة : ١/ ٦٢) .

(٢) **عمار بن سعد القرظي** : بن عابد المؤذن المعروف أبوه سعد القرظ ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وذكره ابن منده في الصحابة ، وقال : له رؤية وأنكر ذلك أبو نعيم (التهذيب: ٧/ ٤١) .

(٣) حديث بلال أخرجه البخاري في الأذان ، باب : الإقامة : ١/ ٨٩ ، ومسلم في الصلاة ، باب : الأمر بشفع الإقامة : ١/ ٢٨٦ ، وحديث بلال يخالف ما ذهب إليه المصنف ، فإن بلالاً كان يؤذن بالتكبير أربعاً فيكون الحديث حُجَّة على المؤلف وليس له . .

(٤) **موسى بن هارون** : هو الإمام الحافظ ، محدث العراق : أبو عمران البزار ، سمع من أحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين ، وابن أبي شيبة ، وعنه أبو سهل بن زياد ، وأبو القاسم الطبراني ، صنف الكتب واشتهر اسمه (ت ٢٩٤ هـ) (تاريخ بغداد : ١٣/ ٥ ، السير : ١٢/ ١١١٦) .

(٥) حكي إجماع أهل المدينة في الموطأ : ١/ ٧١ ، الاستذكار : ٢/ ١٠٢ ، المنتقى : ١/ ١٣٤ ، البيان والتحصيل : ١/ ٤٣٥ .

(٦) الخبر الواحد أو أحاديث الآحاد : هو خبر العدل الواحد - أو العدول - المفيد للظن، وعرف أيضاً : هو خبر لم ينته إلى التواتر (شرح تنقيح الفصول ص ٣٥٦ ، مختصر ابن الحاجب : ٢/ ٥٥) .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٦٢ ، التفريع : ١/ ٢٢٢ ، الرسالة ص ١١٢ .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/ ١١٠ .

لا إله إلا الله ، ومثله في حديث سعد القرظي في صفة أذان بلال [1] ، ويعضده نقل أهل المدينة المتواتر وعملهم به المتصل .

فصـل [٥ - التثويب في أذان الصبح] :

فأما الصلاة خير من النوم ، فمن سُنَّة أذان الصبح [2] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه [3] ، لقوله صلى الله عليه وسلم لبلال : « اجعلها في أذانك » [4] ، وفي حديث أبي محذورة : أن رسول الله ﷺ علمه الأذان ، وفيه: « فإن كنت في صلاة الصبح فقل الصلاة خير من النوم ، الصلاة خير من النوم » [5] ، ويعضده عمل أهل المدينة المتصل [6] .

فصـل [٦ - إيتار الإقامة] :

فأما إيتار الإقامة فخلافاً [7] لأبي حنيفة [8] ، لأنه يذهب على أنها شفع كالأذان ، ودليلنا : ما رواه عمار بن سعد عن أبيه قال : « أُمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة » [9] .

---

(١) سبق تخريج الحديثين في الصفحة ٢٠٥ .

(٢) وهو ما يعرف بالتثويب ، وعبر عنها القاضي عبد الوهاب في الإشراف بالتنويم : ١/ ٦٧ .

(٣) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/ ١١٠ ، الأم : ١/ ٨٥ ، مختصر المزني ص ١٢ .

(٤) أخرجه الطبراني بهذا اللفظ في معجمه الكبير ، نصب الراية : ١/ ٢٦٤ .

(٥) أخرجه الترمذي في الصلاة ، باب : في الترجيع في الأذان : ١/ ٣٦٦ ، مختصراً، وقال : حديث أبي محذورة في الأذان صحيح ، وأبو داود في الصلاة ، باب : كيف الأذان: ١/ ٣٤٠ .

(٦) انظر : الموطأ : ١/ ٧٢ .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٦٢ ، التفريع : ١/ ٢٢٢ ، الرسالة ص ١١٢ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٥ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ١١٠ .

(٩) أخرجه البخاري في الأذان مثنى مثنى : ١/ ١٥٠ ، ومسلم في الصلاة ، باب : الأمر بشفع الأذان وإيتار الإقامة : ١/ ٢٨٦ .

وروي مسلم عن ابن عمر قال : « كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين والإقامة مرة مرة »[1] ، وروي سعد القرظي : أن رسول الله أمر بلالاً بالأذان ثم قال : والإقامة واحدة واحدة[2] ، وقال إبراهيم بن عبد العزيز بن أبي محذورة : أدركت جدي وأبي وأهلي يقيمون فرادى[3] ، وكان ذلك نقل أهل المدينة وعملهم المتصل .

فصل [٧ - في قوله : قد قامت الصلاة مرة واحدة] :

فأما اختياره في قوله : قد قامت الصلاة مرة واحدة[4] خلافاً للشافعي[5] ، فلما رواه سعد القرظي : أن رسول الله ﷺ أمر بلالاً بالإقامة واحدة ، ويقول : قد قامت الصلاة مرة واحدة[6] ، وهذا نص ، ومثله حديث أبي محذورة[7] ، ولأنه نقل أهل المدينة خلف عن سلف ، ولأنه لفظ يختص بالإقامة ، فوجب أن يكون على أصلها في الإيتار ، كما أن الصلاة خير من النوم لما كان لفظاً يختص الأذان كان على أصل الأذان في الإشفاع .

---

(١) لم أجده في مسلم ، فقد أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : الإقامة : ١/ ٣٥٠، النسائي في الأذان ، باب : كيف الإقامة : ١٨/٢ ، وأبو عوانة وابن خزيمة والدارقطني وأبي حبان والحاكم والبيهقي ، وقال ابن الجوزي : وهذا إسناد صحيح (تلخيص الحبير : ١٩٦/١) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأذان ، باب : إفراد الإقامة : ٢٤١/١ ، إسناده ضعيف لضعف أولاد سعد ، ومعناه في صحيح البخاري وقد سبق تخريجه .

(٣) أخرجه الدارقطني : ٢٣٦/١ ، ٢٣٧ .

(٤) انظر : المدونة : ٦٢/١ ، التفريع : ٢٢٢/١ ، الرسالة ص ١١٣ .

(٥) انظر : الأم : ٨٣/١ ، مختصر المزني ص ١٢ .

(٦) الحديث بهذا اللفظ لم أعثر عليه ، وهو في سنن أبي داود في الصلاة في باب : الإقامة : ٣٤٩/١ ، بلفظ : « أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة إلا أنه يقول : قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة .

(٧) سبق تخريج الحديث أعلاه .

فصـل [٨ - جواز الأذان لصلاة الصبح قبل وقتها] :

ولا [يجوز] (١) أن يؤذن لصلاة قبل وقتها إلا الصبح وحدها (٢) خلافاً لأبي حنيفة (٣) في منعه الأذان للصبح قبل وقتها ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن بلالاً يؤذن بليل » ، وروي : لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فإنه يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » (٤) ، وفي حديث زياد بن [الحارث الصُدائي] (٥) قال : لما كان أول أذان الصبح ، أمرني رسول الله ﷺ فأذنت فجعلت أقول : أقيم يا رسول الله ، فجعل ينظر إلى ناحية [المشرق] (٦) إلى الفجر فيقول : لا ، حتى إذا طلع الفجر أمرني بالإقامة » (٧) ، ولأن من سنتها التغليس بها ، وذلك يقتضي تقديم أذانها وسائر شروطها [قبل](٨) وقتها ليتمكن من أدائها مع أول الوقت .

---

(١) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ . ولعلها لا يجزيء .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٦٤ ، التفريع : ١/ ٢٢١ ، الرسالة ص ١١٢ ، الكافي ص ٣٧ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٥ .

(٤) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : الأذان قبل الفجر : ١/ ١٥٣ ، ومسلم في الصيام ، باب : بيان الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر : ٢/ ٧٦٨ .

(٥) ما بين معقوفين مطموس في جميع النسخ .

وزيادة بن الحارث الصدائي : هو الذي كان مع رسول الله ﷺ في بعض أسفاره فسار مع رسول الله ﷺ ولزم غرزه ونزل زياد بن الحارث مصر ، وروى عنه المصريون (طبقات ابن سعد : ٧/ ٥٠٣) .

(٦) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٧) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : الرجل يؤذن ويقيم الآخر : ١/ ٣٥٢ ، وابن ماجه في الأذان ، باب : السُنَّة في الأذان : ١/ ٢٣٧ ، والترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء أن من أذن فهو يقيم : ١/ ٣٨٣ ، وقال : حديث زياد إنما نعرفه من حديث الإفريقي وهو ضعيف عند أهل الحديث .

(٨) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

فصل [٩ - الأذان لغير صلاة الفجر] :

فأما سائر الصلوات فلا يؤذن لها إلا بعد دخول وقتها [١] ، لأن ذلك هو الأصل ، ولأن ذلك هو إعلام بوجوب الصلاة ودعاء إليها ، وذلك إنما يكون بعد دخول الوقت ، وأما الصبح فإنها تدرك الناس [غير متهيئين لها فاحتيج إلى الأذان لها قبل وقتها] [٢] ، ليتأهب الناس لها لاستدراك فضيلة التغليس بها وسائر الصلوات بخلافها لأنها تدرك الناس متصرفين في معايشهم وأشغالهم فلا يحتاجون إلى أكثر من الإعلام بوجوبها .

١٠ - مسائل الأذان [٣]

لا بأس باستدارة المؤذن عن يمينه وشماله [٤] ، إذا أراد [الإسماع] [٥] لأن الأذان إعلام للغائب والحاضر ويحتاج في إعلام الغائب أكثر مما يحتاج إليه في إعلام الحاضر ، ويكره التطريب والتلحين فيه ، ويمثل ما يكره : من التشبيه بالأغاني وما ينبغي تنزيه أذكار القرب عنه ، وله رفع الصوت به ، ووضع الأصابع في أذنيه لأن ذلك عون له على التبليغ ، والتوجه إلى القِبْلة أحب إلينا ، وله أن يؤذن كيف تيسر عليه ولا يتكلم في أذانه ولا يقطعه بغيره لأن الغرض به الإعلام بالصلاة [. . . .] [٦] على نفسه ، وأداه على نظامه ، فإذا تخلله ما ليس منه من كلام ، أو رد سلام زال الغرض به واختلط على

---

(١) انظر المدونة : ١/٦٤ ، التفريع : ١/٢٢٢١ ، الرسالة ص ١١٢ .

(٢) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، وأكمل النقص من كتاب الإشراف للمصنف .

(٣) يراجع في هذه المجموعة من المسائل التي تتعلق بالأذان المراجع التالية : المدونة : ١/٦١ - ٦٥ ، والتفريع : ١/٢٢١ - ٢٢٢ ، الكافي ص ٣٨ .

(٤) أنكر الإمام مالك - رحمه الله - استدارة المؤذن ، وروي جوازه إذا أراد الإسماع (المدونة : ١/٦٢) .

(٥) ما بين قوسين مطموة في جميع النسخ .

(٦) ما بن قوسين مطموسة في جميع النسخ .

سامعه وظن أنه ليس بالأذان المأمور به ، ويجوز اتخاذ الأعمى مؤذناً لأن ابن أم مكتوم كان يؤذن للنبي ﷺ وكان أعمى (١) ، ولأنه لما جازت إمامته فالأذان بالجواز أولى ، ولأن الغرض من الأذان الإعلام والتبليغ وذلك متأت منه كتأتيه من البصير ، ولا بأس بأذان مؤذن (٢) ، وإقامة غيره ، ولأنه لما جاز أن يؤذن واحد ويؤم غيره جاز أن يؤذن ويقيم غيره ، وأذان المحدث جائز والأفضل أن يكون طاهراً لأنه دعاء إلى الصلاة فيجب أن يكون الداعي إليها على صفة من يمكنه أن يصلي ، فإن أذَّن على غير طهور جاز لأن الإخلال بالفضيلة لا يمنع الجواز ، والإقامة بخلاف الأذان لأنها متصلة بالصلاة غير متراخية عنها ، وأذان الراكب جائز ، وفي إقامته راكباً روايتان (٣) : إحداهما الجواز اعتباراً بالأذان ، والأخرى الكراهية لأن ذلك يؤدي إلى التراخي بينها وبين الصلاة لتشاغله بنزوله ومشيه إلى الموضع الذي يريد الصلاة فيه ، ولا أذان على مسافر لأنه لا جماعة عليه ، ولا على النساء لأنهن لسن من أهل الجماعة ، وإن أقمن فحسن لأن الإقامة آكد من الأذان لأنه قد خوطب بها من [يؤم ، وكل من لم تجز إمامته لم يعتد بأذانه] (٤) .

فصـل [١ - مستمع الأذان يقول مثل ما يقول المؤذن] :

ومن سمع المؤذن فيستحب له أن يقول مثل (٥) ما يقول ، لأن رسول الله ﷺ قال : « إذا سمعتم المؤذن يؤذن فقولوا مثل ما يقول » (٦) ، وينتهي بالتحكية إلى

---

(١) كما ثبت في الحديث التي ذكرت قريباً .

(٢) وهذا ما قاله المصنف يخالف ما جاء في السُّنَّة من حديث الحارث الصدائي الذي سبق ذكره في الصفحة السابقة .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٦٤ ، التفريع : ١/ ٢٢١ ، الكافي ص ٣ .

(٤) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ وأكمل النقص من الإشراف : ١/ ٧٠ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٣

(٦) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : ما يقول إذا سمع المنادي : ١/ ١٥٢ ، ومسلم في الصلاة ، باب : استحباب القول مثل قول المؤذن : ١/ ٢٨٨ .

آخر التشهد [1] ، لأن ذلك ذكر وتهليل وتكبير ، فجاز للسامع بل يندب إلى أن يقول كقول المؤذن ، وقوله : حي على الصلاة دعاء إلى الصلاة والسامع ليس بداع إليها فلم يكن لحكايته المؤذن في ذلك معنى ، ولا أذان لشيء من النوافل[2] لأنه لم يرو عن النبي أنه أذن له فيها ولا أقيم ، ولأن الأذان إعلام بوجوب الصلاة والنوافل غير واجبة ، والإقامة في ذلك تابعة للأذان والله أعلم .

* * *

---

(١) وهذا هو المشهور في المذهب ، وفي مقابل المشهور أن المطلوب أن يحاكيه في جميع الأذان ، قاله ابن حبيب ، ورواه ابن شعبان عن مالك واختاره المازري (مواهب الجليل : ٤٤٢/١) .

(٢) انظر : التفريع : ١٢٢/١ ، الكافي ص ٣٧ .

باب : [أحكام القِبْلة والصلاة]

وعلى المعاين للقِبْلة استقبالها لقوله تعالى : ﴿ فولِّ وجهك شطر المسجد الحرام ﴾ (١) ، وقوله : ﴿ وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره ﴾ (٢) ، وإن كان غائباً عنها ففرضه الاجتهاد في طلبها بالأدلة المنصوبة عليها ، فإن صلى بغير اجتهاد فلا تجزيه ، وإن عميت عليه الأدلة لزمه أن يصلي إلى حيث يغلب على ظنه أن القِبْلة في تلك الجهة ، فإن غلبه ظنه أنها في جهة من الجهات فصلى إليها ثم بان له أنه استدبرها فلا إعادة عليه واجبة (٣) ، خلافاً للمغيرة (٤) ، والشافعي (٥) ، لقوله تعالى : ﴿ فأين ما تولوا فثم وجه الله ﴾ (٦) ، فمفهوم هذا : أن الإجزاء يحصل على أي وجه وقع الاستقبال من الجهات ، وروي عامر ابن ربيعة قال : كنا مع رسول الله ﷺ في سفر في ليلة ظلماء ذات ريح ومطر ، فحضرت الصلاة فصلى كل رجل منا على حيال وجهة لغير القِبْلة ، فلما أصبحنا سألنا رسول الله ﷺ فقال : « مضت صلاتكم » ، ونزلت هذه الآية : ﴿ فأين ما تولوا فثم وجه الله ﴾ (٧) ، (٨) ، وروى عطاء عن جابر قال : بعث رسول

---

(١) ، (٢) سورة البقرة ، الآية : ١٤٤ .

(٣) انظر : المدونة : ١/٩٢ ، التفريع : ١/٢٦١ ، الكافي ص ٣٨ .

(٤) **المغيرة** : بن عبد الرحمن المخزومي ، الإمام الفقيه ، أحد من دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك سمع أباه وهشام بن عروة ، وأبا الزناد ومالكاً ، وعنه أخذ جماعة وخرَّج له البخاري ، ولد سنة ١٣٤ هـ ، وتوفى سنة ١٨٨ هـ (شجرة النور الزكية ص ٥٦) .

(٥) انظر : الأم : ١/٩٤ ، مختصر المزني ص ١٣ .

(٦) ، (٧) سورة البقرة ، الآية : ١١٥ .

(٨) أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : من يصلي لغير القِبْلة وهو لا يعلم : ١/٣٢٦ ، والترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في الرجل يصلي لغير القِبْلة في الغم :

الله ﷺ سرية كنت فيها فأصابتنا ظلمة ولم نعرف القِبْلة فقالت طائفة منا : القِبْلة هاهنا قِبَل الشمال ، وقالت طائفة : هاهنا قِبَل الجنوب ، فلما أصبحوا إذا تلك الخطوط لغير القِبْلة [فأتينا] (1) رسول الله ﷺ (2) فأنزل الله تعالى : ﴿ فأينما تولوا فثم وجه اللهِ ﴾ (3) ، وفي حديث آخر قال : « أحسنتم ولم يأمرنا بالإعادة» (4) ، ولأنه [أدى] (5) الصلاة على الوجه الذي فرض عليه من الاجتهاد في طلب جهة القِبْلة مع عدم التوصل إلى ذلك يقيناً فأجزاه كما لو أصابها .

فصــل [١ - استحباب الإعادة في الوقت لمن صلى إلى غير قِبْلة] :

إذا ثبت أنه لا تلزمه الإعادة فيستحب له أن يعيد في الوقت (6) ليستدرك فضيلة الوقت لجواز أن يكون [قصر] (7) في اجتهاده [وصلى] (8) فيه ، ولبقاء الوقت من التأثير والحرمة ما ليس له مع الفوات .

فصــل [٢ - النية في الصلاة] :

ويلزم المصلي أن يعتقد الصلاة وينوي الدخول فيها بقلبه ، وليس عليه نطق

= ٢/١٧٦ ، وفيه أشعث السمان يضعف في الحديث ، والحديث ليس فيه ما ذكره المصنف: « مضت صلاتكم » ، وهي في الدارقطني : ١/٢٧١ ، بلفظ : « قد أجزأت صلاتكم » .

(1) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، وأكمل النقص من نص الحديث .

(2) أخرجه الدارقطني : ١/٢٧١ ، الحاكم : ١/٢٠٦ ، البيهقي : ٢/ ١٠ ، والحديث تفرد به محمد بن سالم ومحمد بن عبيد الله العرزوني عن عطاء ، وهما ضعيفان .

(3) سورة البقرة ، الآية : ١١٥ .

(4) أخرجه البيهقي : ٢/١١ .

(5) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(6) انظر : المدونة : ١/٩٢ ، التفريع : ١/٢٦١ .

(7) ، (8) ما بين المعقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

بلسانه [1] ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ [2] ، والإخلاص هو القصد إليه بالعمل ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لامريء ما نوى » [3] ، ولأنها قربة ، فلا بد فيها من نية كسائر القرب ، وإذا ثبت ذلك فيجب أن تكون النية مقارنة لابتدائها غير متأخرة عليها أو متقدمة عليها إلا أن يستصحبها ذكر إن تقدمت إلى ابتدائها .

فصل [٣ - تكبيرة الإحرام] :

والدخول فيها بتكبيرة الإحرام ، ولفظها الله أكبر لا يجزيه غيره [4] ، خلافاً لأبي حنيفة [5] إذ يقول : أنه يجزيه أن يحرم بقوله : الله أجل ، والله أعظم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [6] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « تحريمهما التكبير » [7] ، وقوله : « لا يقبل الله صلاة أحدكم حتى يتوضأ كما أمره الله » إلى قوله : « ثم يستقبل القِبْلة فيقول : الله أكبر » [8] ، ولأنه لفظ عرا عن التكبير مع القدرة عليه فلم يصح [انعقاد الصلاة به كقوله : يا مالك يوم الحساب] [9] ، ولأنه ركن من أركان الصلاة ، فوجب أن يكون متعيناً كالركوع والسجود .

---

(١) انظر : التفريع : ٢٢٦/١ ، الكافي ص ٣٩ .

(٢) سورة البينة ، الآية : ٥ .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث .

(٤) انظر : المدونة : ٦٦/١ ، الرسالة ص ١١٤ ، الكافي ص ٣٩ .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء : ١٢٣/٢ .

(٦) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : الأذان للمسافرين : ١٥٥/١ .

(٧) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : تحريم الصلاة ، و٤١١/١ ، وابن ماجه في الطهارة ، باب : مفتاح الصلاة الطهور : ١٠١/١ ، والترمذي في الطهارة ، باب : مفتاح الصلاة الطهور : ٨/١ - ٩ . وقال : هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن وأخرجه الإمام أحمد في مسنده : /١٢٣ ، ١٢٩ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢) مع اختلاف يسير في اللفظ .

(٩) ما بين معقوفتين في جميع النسخ وأتممناه من كتاب الإشراف : ٧٣/١ للمصنف .

فصل [٤] :

ولا يجزيه أن يقوم بقوله : الله الأكبر [١] ، خلافاً للشافعي [٢] ، لما ذكرناه ، ولأنه غير بِنْيَة قوله : الله أكبر ، فلم يجز أصله قوله : الله الكبير .

فصل [٥ - رفع اليدين عند تكبيرة الإحرام وفي الرفع من وعند الركوع] :

ويرفع يديه عند تكبيرة الإحرام [٣] ، لما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه » [٤] ، وفي رفعهما عند الركوع والرفع منه روايتان [٥] : فوجه اختياره ما روي : « أن النبي ﷺ كان يرفع يديه عند الافتتاح وحين يركع وحين يرفع رأسه من الركوع » [٦] ، ووجه الآخر أن قوله صلى الله عليه وسلم : « كان يرفع يديه مرة واحدة ثم لا يعود لرفعها بعد» [٧] ، ولأنه تكبير موضوع للانتقال من ركن إلى ركن كتكبير السجود .

فصل [٦ - في صفة رفع اليدين] :

ويرفعها حذو منكبيه ودون ذلك [٨] ، خلافاً للشافعي [٩] ، لما روي : « أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح الصلاة يرفع يديه حذو منكبيه » [١٠] .

---

(١) انظر : المقدمات : ١/ ٧٠ ، الكافي ص ٣٩ .

(٢) انظر : الأم : ١/ ١٠٠ ، مختصر المزني ص ١٤ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٧١ ، التفريع : ١/ ٢٢٦ ، الرسالة ص ١١٤ .

(٤) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : رفع اليدين في التكبيرة الأولى : ١/ ١٧٩ ، ومسلم في باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين : ١/ ٢٩٢ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٧١ ، التفريع : ١/ ٢٢٦ ، الكافي ص ٤٣ .

(٦) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : وضع اليد اليمنى على اليسر وبعد تكبيرة الإحرام: ١/ ٣٠١ .

(٧) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : من لم يذكر الرفع عند الركوع : ١/ ٤٧٨ ، والترمذي في الصلاة ، باب : رفع اليدين عند الركوع ، وقال : حديث حسن : ٢/ ٤٠ .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ٧١ ، الرسالة ص ١١٤ ، الكافي ص ٤٣ .

(٩) انظر : الأم : ١/ ١٠٣ ، مختصر المزني ص ١٤ .

(١٠) سبق تخريج الحديث قريباً .

فصل [٧ - دعاء الاستفتاح] :

ويقرأ عقيب التكبير ، ولا يفصل بينهما بتوجيه ولا تسبيح [١] ، خلافاً للشافعي [٢] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « ثم يكبر ثم يقول » [٣] ، وقوله للذي علمه : « كبر ثم اقرأ » [٤] ، وفي حديث أبيّ : « أنه صلى الله عليه وسلم قال له : كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة ؟ قال : فقرأه الحمد لله رب العالمين »[٥] ولم يذكر توجيهاً ولا تسبيحاً .

فصل [٨ - الواجب من القراءة في الصلاة] :

والواجب من القراءة متعين وهو : فاتحة الكتاب لا يجزيه غيره [٦] ، خلافاً لأبي حنيفة [٧] في قوله : أي شيء قرأ من القرآن أجزاه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب » [٨] ، وقوله : « لا صلاة [لمن لم يقرأ بأم القرآن » [٩]] [١٠] ، ولأن أركان الصلاة أقوال وأفعال ، فلما كانت الأفعال متعينة فكذلك الأقوال .

---

(١) التوجيه : أن يقول وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً ... والتسبيح : أن يقول سبحانك اللّهم وبحمدك تبارك اسمك وتعالى جدك لا إله غيرك (المدونة : ١/ ٦٦) .

(٢) انظر : الأم : ١/ ٦٠ ، مختصر المزني ص ١٤ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢) .

(٤) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : أمر النبي ﷺ الذين لا يتم ركوعه بالإعادة : ١/ ١٩٢ ، ومسلم في الصلاة ، باب : وجوب قراءة الفاتحة : ١/ ٢٩٨ .

(٥) أخرجه البخاري في التفسير ، باب : ما جاء في فاتحة الكتاب : ٥/ ١٤٦ ، ومالك في الموطأ : ١/ ٨٣ ، وحديث أبيّ الذي أورده المصنف لا شاهد فيه على ما استدل به .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٦٩ ، التفريع : ١/ ٢٢٦ ، الكافي ص ٤٠ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٨ .

(٨) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : وجوب القراءة للإمام والمأموم : ١/ ١٨٤ ، ومسلم في الصلاة ، باب : وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة : ١/ ٢٩٥ .

(٩) أخرجه عبد الرازق : ٢/ ٩٣ ، والدارمي : ١/ ١٨٣ ، بهذا اللفظ ، ويشهد حديث الصحيحين السابق له .

(١٠) ما بين معقوفتين سقط من (ق) ، ومطموسة في باقي النسخ .

فصل [٩ - عدم قراءة البسملة في الصلاة وأنها ليست آية من الفاتحة] :

ولا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم سراً ولا جهراً [١] ، وليست من الحمد ولا من كل سورة إلا من النمل في قوله : ﴿ إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ [٢] ، وقال الشافعي : هي من الحمد ولا تجزي الصلاة إلا بها ، وله قولان في أنها من كل سورة [٣] ، ودليلنا أنها لو كانت من الحمد لكان - عليه الصلاة والسلام - بيَّن ذلك بياناً مستفيضاً على عادته في بيان القرآن ، ولو فعل ذلك لانقطع العذر ولم يقع خلافه كسائر آياتها ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « يقول الله تعالى : قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ، فنصفها له ونصفها لعبدي ، ولعبدي ما سأل ، فإذا قال العبد : الحمد لله رب العالمين » [٤] الخبر ، ففيه دليلان ، أحدهما : أنه بيَّن كيفية قسمة السورة [فبدأ بالحمد لله] [٥] ، فلو كانت التسمية منها لبديء بها ، الأخرى : أنه بيَّن أن القسمة بالآيات » ، وفي إثبات التسمية إبطال لهذا المعنى ، وفي حديث أنس : « أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان وعلياً كانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين » . وفي خبر آخر : « كانوا لا يقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم » [٦] ، وفي حديث عبد الله ابن مغفل أنه قال لابنه : إياك والحدث ، فإني صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر وعثمان فلم يكن أحد منهم يقرؤها [٧] .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٦٨ ، الرسالة ص ١١٤ ، الكافي ص ٤٠ .

(٢) سورة النمل ، الآية : ٣٠ .

(٣) انظر : الأم : ١/ ١٠٧ .

(٤) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة : ١/ ٢٩٦ ، ومالك : ١/ ٨٤ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٦) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : حُجَّة من قال : لا يجهر بالبسملة : ١/ ٢٩٩ .

(٧) أخرجه النسائي في الافتتاح ، باب : ترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم : ٢/ ١٠٤ ، وابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : افتتاح القراءة : ١/ ٢٦٧ ، والترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في ترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، وقال : حديث حسن: ٢/ ١٣ .

فصـــل [١٠ - الإسرار والجهر في الصلوات] :

والصوات الراتبة [١] من الفرائض في هذا والنوافل في هيئة من الإسرار والجهر على ثلاثة أوجه : منها ما يجهر بالقراءة في جميعها ، ومنها ما يسر في جميعها ، ومنها ما يجهر في بعضها ويسر في بعضها ، فالأول هو الصبح والجمعة هذا من الفرائض ، وصلاة العيدين والاستسقاء والوتر من السنن ، والثاني : هو الظهر والعصر من الفرائض وركعتي الفجر وصلاة الكسوف من النوافل ، والثالث : هو المغرب والعشاء الآخرة ، فالجهر في الركعتين الأوليين منها ، وباقيها يسر فيها ، وكل هذا مما تناقلته الأُمة بالعمل وعضده الإجماع [٢] فأغني عن زيادة عليه .

فصـــل [١١ - في تطويل القراءة في بعض الصلوات] :

ويستحب إطالة القراءة في الصبح والظهر بطوال [المفصل] [٣] ، وتخفيفها في العصر والمغرب ، وتوسطها في العشاء الآخر [٤] ، [وهذا] [٥] أيضاً مما نقلته الأُمة بالعمل .

فصـــل [١٢ - التأمين بعد الفراغ من قراءة الفاتحة] :

ويستحب للمأموم والمنفرد إذا فرغا من قراءة أم القرآن التأمين [٦] ، لما روي

---

(١) الصلاة الراتبة : أي مالها وقت مرتب .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٧ - ٢٨ ، الرسالة ص ١٢٢ - ١٢٤ ، مختصر المزني ص ١٥ ، مختصر الخرقي ص ٢٧ ، ومراتب الإجماع ص ٣٣ ، والمجموع : ٣/ ٣٥٥ ، فتح الباري : ٢/ ١٨٢ .

(٣) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ، وتم إكمال النقص من التلقين ص ٧٥.

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٧ ، الرسالة ص ١٢٢ - ١٢٣ ، الكافي ص ٤٠ - ٤١ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، وتم إكمال النقص على حسب ما اقتضاه السياق .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٧ ، الرسالة ص ١١٤ ، الكافي ص ٤٣ .

أنه صلى الله عليه وسلم : « كان إذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال : « آمين » [1] ، وقوله : « إذا قال الإمام : ولا الضالين ، فقولوا : آمين » [فإنه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه] [2] » [3] .

فصل [١٣ - تأمين الإمام] :

وفي الإمام روايتان [4] : إحداهما لا يؤمن وهي الظاهر ، والأخرى أنه يؤمن، فوجه الأولى قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا قال الإمام : ولا الضالين فقولوا: آمين » [5] ، فلو كان التأمين من سُنَّته لقال : إذا قال : آمين ، فقولوا، ولأن الإمام داع والمأموم مستمع ، لأن هذا هو سبيل الدعاء أن يكون المؤمن غير الداعي ، ووجه الثانية قوله : « إذا أمن الإمام فآمنوا » [6] ، ولأنه ذكر سن للمأموم فكان مسنوناً للإمام كسائر الأذكار المسنونة ، ولأنه مصل فاستحب له التأمين كالمنفرد والمأموم .

فصل [١٤ - قراءة السورة مع أم القرآن] :

قراءة سورة مع أم القرآن سُنَّة في الركعتين الأوليين من كل صلاة رباعية أو ثلاثية ، وفي كلتا ركعتي الفجر [7] ، لأن النقل ورد بذلك عنه عليه الصلاة

---

(١) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : جهر المأموم بالتأمين : ١/ ١٩٠ ، مسلم في الصلاة ، باب : التسميع والتحميد : ١/ ٣٠٧ .

(٢) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، وأكمل النقص من نص الحديث .

(٣) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : جهر الإمام بالتأمين : ١/ ١٩٠ ، ومسلم في الصلاة ، باب : التسميع والتحميد : ١/ ٣٠٧ .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٧ - ٢٢٨ ، الرسالة ص ١١٤ - ١١٥ ، الكافي ص ٤٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : جهر الإمام بالتأمين : ١/ ١٩٠ ، ومسلم في الصلاة ، باب : في التسميع والتحميد والتأمين : ١/ ٣٠٧ .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٦٩ ، التفريع : ١/ ٢٢٧ ، الرسالة ص ١١٤ - ١١٦ ، المقدمات : ١/ ١٦٣ ، الكافي ص ٤٠ .

والسلام ، وقد قال : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [1] ، وروى أبو هريرة قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أنادي أنه [2] لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب فما زاد»[3] .

فصل [١٥ - الركوع والسجود] :

والركوع والسجود من أركان الصلاة [4] ، لقوله تعالى : ﴿ اركعوا واسجدوا﴾ [5] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « واركع حتى تطمئن راكعاً » إلى قوله : « فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك » [6] ، وقوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [7] ، ولا خلاف في ذلك [8] .

فصل [١٦ - الاعتدال في الركوع والسجود] :

والاعتدال فيهما واجب [9] ، خلافاً لأبي حنيفة [10] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اعتدلوا في السجود » [11] ، وقوله: « اركع حتى تطمئن راكعاً»[12]

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٢١٤) .

(٢) في (ق) : أن لا أنادي : وهو خطأ .

(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : من ترك القراءة في صلاته : ٥١٢/١ ، من طريق جعفر بن ميمون ، وأخرجه الحاكم : ٢٣٩/١ ، وقال جعفر بن ميمون من ثقات البصريين ، وصحَّحه الذهبي (نصب الراية : ٣٦٧/١) .

(٤) انظر : المدونة : ٧٢/١ ، الرسالة ص ١١٧ ، المقدمات : ١٥٨/١ .

(٥) سورة الحج ، الآية : ٧٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٥) .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٤) .

(٨) انظر : مراتب الإجماع ص ٢٦ ، المجموع : ٣٦٣/٣ ، ٣٩٣ ، المغني : ٤٩٥/١، ٥١٤ ، نيل الأوطار : ٢٦٥/٢ .

(٩) انظر : الرسالة ص ١١٦ - ١٧ ، التفريع : ٢٤٣/١ ، الكافي ص ٤٣ .

(١٠) انظر تحفة الفقهاء ٩٦/٢ .

(١١) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : لا يفترش ذراعيه في السجود : ٣٠٠/١ ، ومسلم في الصلاة ، باب : الاعتدال في السجود : ٣٥٥/١ .

(١٢) حديث المسيء صلاته سبق تخريجه في الصفحة (٢١٥) .

وفي حديث أبي حميد : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يعتدل في ركوعه »[1]، ولأنه ركن مستحق مقصود ، فكان شرطه الطمأنينة والاعتدال كالقيام والجلسة الأخيرة .

فصـل [١٧ - التكبير في الركوع والسجود والرفع منه] :

ويكبر عند الشروع في الركوع والسجود والرفع من السجود لما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يكبر في كل خفض ورفع »[2] ، [وهذا كله][3] منقول بالعمل[4] .

فصـل[١٨ - التسميع والتحميد في الرفع من الركوع] :

فأما رفع رأسه من الركوع فالإمام يقول : سمع الله لمن حمده ، والمأموم يقول: اللّهم ربنا ولك الحمد ، والمنفرد يقولهما[5] ، والأصل في أن الإمام لا يقولها ما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع رأسه من الركوع يقول : سمع الله لمن حمده »[6] ، وإنما قلنا : إن المأموم يقول : اللّهم ربنا ولك الحمد لقوله : « إنما جعل الإمام ليؤتم به .. إلى قوله : فإذا قال : سمع الله لمن حمده فقولوا : ربنا ولك »[7] ، وإنما قلنا : إن الإمام يقتصر على قول سمع الله

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : افتتاح الصلاة : ٤٦٨/١ ، والترمذي في الصلاة ، باب : وصف الصلاة : ٤٦٨/٢ ، وقال : حديث حسن صحيح .

(٢) أخرجه النسائي في الصلاة ، باب : التكبير للسجود : ١٦١/٢ ، والترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في التكبير من الركوع والسجود ، وقال : حسن صحيح : ٣٥/٢.

(٣) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، وأكمل النقص على حسب ما يقتضيه السياق .

(٤) انظر : المدونة : ٧٣/١ ، الموطأ : ٧٦/١ - ٧٧ ، الكافي ص ٤٣ .

(٥) انظر : المدونة : ٧٢/١ ، التفريع : ٢٢٨/١ ، الرسالة ص ١١٧ .

(٦) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : ما يقول إذا رفع من الركوع : ٣٤٦/١ .

(٧) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٢١٩) .

لمن حمده من غير أن يقول : اللَّهم ربنا ولك الحمد لأن المأموم يقتصر على أن يقول : اللَّهم ربنا ولك الحمد ولا يقول : سمع الله لمن حمده ، لقوله : « إذا قال : سمع الله لمن حمده فقولوا : ربنا ولك الحمد »[1] ، ولم يقل : فقولوا سمع الله لمن حمده ، ولأنه ميَّز بين ما يقوله الإمام ، وما يقوله المأموم ، وجعل سمع الله لمن حمده في حيز ما يقوله الإمام ، وجعل اللهم ربنا ولك الحمد في حيز ما يقول المأموم ، فدل على اختصاص كل واحد منهما بما أضيف إليه ، ولأن قول الإمام سمع الله لمن حمده دعاء ، وقول المأموم ربنا ولك الحمد تأمين وقد بيَّنا أن من سبيل الدعاء أن يدعوا واحد ويؤمن غيره .

فصل [١٩ - حكم التسبيح في الركوع والسجود ، وتمكين الجبهة والأنف في السجود] :

والتسبيح [2] في الركوع والسجود غير واجب [3] ، خلافاً لأحمد [4] ، وداود[5] ، لقوله : « ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع » [6] ، ولم يقل فسبح ، وقال : « ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم اجلس » [7] ، ولم يأمر بتسبيح ، وفي آخر الخبر : « فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك » [8] وهو في موضع تعليم ، ولأنه نوع من التسبيح فأشبه الدعاء في ما زاد على الثلاثة ، [ولأنه ركن في الصلاة فلم يجب فيه تسبيح كالقيام][9] ، ويمكِّن جبهته وأنفه

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٦) .

(٢) التسبيح في الركوع : أن يقول : « سبحان ربي العظيم وبحمده » ، وأما في السجود فأن يقول : « سبحان ربي الأعلى وبحمده » .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٤٤ ، الرسالة ص ١١٧ - ١٨ ، الكافي ص ٤٣ .

(٤) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ٧٤ ، مختصر الخرقي ص ٢٦ ، ٢٩ .

(٥) انظر : المجموع : ٣٨٦/٣ .

(٦) ، (٧) ، (٨) هذا جزء من حديث المسيء صلاته ، سبق تخريجه في الصفحة (٢١٥).

(٩) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ ، فأكمل النقص من الإشراف : ٨١/١.

من الأرض في سجوده ، فإن سجد على أنفه دون جبهته فلا يجزيه ، وإن سجد على جبهته دون أنفه أعاد في الوقت استحباباً ، وإنما قلنا :إن سجوده على الأنف لا يجزيه من الجبهة [(١)] خلافاً لأبي حنيفة [(٢)] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «ويمكِّن وجهه » ، وفي رواية : « جبهته من الأرض في سجوده » [(٣)] ، ولأنه موضع من الوجه فلم ينسب السجود عليه عن الجبهة أصله الذقن ، وإنما استحببنا أن يعيد في الوقت لأن في الحديث تمكين الوجه ولا يحصل ذلك على الاستيعاب، ويؤدي الصلاة على الوجه الجائز بالإجماع .

فصـل [(٤)] [٢٠] :

فصـل [٢١ - حكم التشهدان] :

التشهدان جميعاً سُنَّتان [(٥)] ، خلافاً للشافعي في إيجابه الآخر منهما [(٦)] ، ولغيره في إيجابه إياهما [(٧)] ، لأنه ذكر في تضاعيف الصلاة ليس من جنس المعجز [(٨)] ، فلم يكن فرضاً أصله الدعاء والتسبيح ، ولأنه تشهد فأشبه الأول ،

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٧٣ ، الرسالة ص ١١٧ ، الكافي ص ٤١ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/ ١٣٥ .

(٣) هذا حديث المسيء صلاته ، سبق تخريجه في الصفحة (٢١٥) ، ورواية : « جبهته من الأرض في سجوده » أخرجها ابن حبان في صحيحه : ٣/ ٢٧٥ .

(٤) هذا الفصل مطموس كاملاً ، ولعله فصل صفة الجلوس للتشهد .

(٥) انظر : الرسالة ص ١١٩ - ١٢٠ ، التفريع : ١/ ٢٢٨ ، الكافي ص ٤٢ .

(٦) انظر : الأم : ١/ ١١٧ - ١١٨ ، الإقناع - للماوردي ص ٤٢ .

(٧) ممن قال بوجوبه الإمام أحمد وعمر وابنه وأبو مسعود البدري (مختصر الخرقي ص ٢٨ ، والمغني : ١/ ٥٤٠) .

(٨) كالقرآن الكريم .

ولأنه ذكر يختص به القعود ، [فلم يكن فرضاً] (١) ، فأشبه التشهد الأول ، ولأنه غير متعين الألفاظ فلم يكن واجباً لأن الأركان الواجبة في الصلاة متعينة الألفاظ (٢) .

فصـــل [٢٢ - ألفاظ التشهد] :

والاختيار عندنا من ألفاظه تشهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو : التحيات لله (٣) الزاكيات لله الطيبات (٤) الصلوات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلي عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله » (٥) ، وإنما اخترنا ذلك لأن عمر علمه الناس على المنبر فلم ينكر عليه أحد وهو إمام ، ولأن ألفاظه متفق على نقله وثبوتها .

فصـــل [٢٣ - حكم الصلاة على النبي ﷺ] :

الصلاة على النبي ﷺ ليست بشرط في صحة الصلاة (٦) ، خلافاً للشافعي(٧) ، لقوله : « فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك » (٨) ، ولم يذكر ما

---

(١) ما بين معقوفتين مطموسة من جميع النسخ وأكمل النقص من الإشراف : ١/ ٨٤ .

(٢) كالتحريم والتسليم والقراءة .

(٣) التحيات لله : أي كل أنواع الثناء ، والتعظيم له عَزَّ وجَلَّ (الفواكه الدواني : ١٨٧/١) .

(٤) الزاكيات يعنيناميات الأعمال يقال : زكى عمله إذا نما .

والطيبات : أي ما طاب من القول والأعمال (غرر المقالة ص ١٢٠ ، والموطأ ص ٩٠).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ : ١/ ٩٠ ، والبيهقي : ١٤٤/٢ ، والحاكم : ٢٦٦/١ ، وإسناده صحيح (نصب الراية : ٤٢٢/١) ، وزيادة : « وحده لا شريك له . . » واردة من حديث عائشة وهو في الموطأ أيضاً : ٩١/١ .

(٦) انظر : التفريع : ٢٨٨/١ .

(٧) انظر : الأم : ١١٨/١ ، المهذب : ٧٩/١ .

(٨) حديث المسيء صلاته سبق تخريجه في الصفحة (٢١٥) .

تنازعناه ، ولأنه ذكرٌ أخص في تضاعيف الصلاة في غير القرآن فلم يكن واجباً أصله اللّهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات ، واعتباراً بالصلاة على غيره من الأنبياء ، ولأنه نوع من الدعاء فأشبه سائر الدعاء ، ولأن من أصلنا أن التشهد غير واجب فنقول ذكر يختص به القعود قبل التحليل فأشبه التشهد الأول .

فصل [٢٤ - التسليم في الصلاة] :

التسليم الأول فرض لا تتم الصلاة إلا به (١) ، خلافاً لأبي حنيفة (٢) ، لقوله: « وتحليلها التسليم » (٣) ، وهذا خارج مخرج البيان فيقتضي ألا يقع التحليل إلا به ، وقوله : « صلواكما رأيتموني أصلي » (٤) ، ورأيناه قد سلم في الصلاة ، ولأنه أحد طرفي الصلاة فوجب أن يكون نطقاً كالتحريم ، ولأن الدخول في الصلاة لما كان بلفظ معين فالخروج منها مثله ، ولأنه ركن في الصلاة فكان متعيناً كالركوع والسجود ، وأن ما يضاد العبادة فلا [يصح] (٥) به حكم لها كالأكل في الصوم والوطء في الحج .

فصل [٢٥] :

التسليمة الثانية ليست بفرض (٦) ، خلافاً لأحمد بن حنبل (٧) في قوله إن التسليمتين فرض ، لقوله : « وتحليلها التسليم » (٧) ، وذلك يقتضي أقل ما يقع عليه الاسم ، وروت عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم كان يسلم

---

(١) انظر التفريع : ١/٣٤٣ ، الرسالة ص ١٢٢ ، الكافي ص ٤٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩ - ٣٠ ، تحفة الفقهاء : ٢/١٣٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٤) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٤) .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة ، ولعله ما أثبتناه .

(٦) انظر : الرسالة ص ١٢٢ ، المقدمات : ١/١٦٤ ، الكافي ص ٤٢ - ٤٣ .

(٧) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ٨٣ ، مختصر الخرقي ص ٢٧ ، ٢٩ .

واحدة تلقاء وجهه »[1] ، ولأنه أحد طرفي الصلاة ، فكان الغرض منه واحدة كالتحريمة .

فصل [٢٦] :

والاختيار للإمام والمنفرد الاقتصار على تسليمة واحدة [2]، خلافاً للشافعي[3]، روى أنس : « أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يسلمون تسليمة واحدة»[4] ، ولأن الثانية لا يقع بها تحليل ولا رد على سلام والسلام لا يراد إلا لأحد هذين الوجهين .

فصل [٢٧] :

وأما المأموم فيستحب له أن يأتي بتسليمة ثانية يردها على إمامة [5] ، لما روى الحسن عن سلمة قال النبي ﷺ : « أن ترد السلام على الإمام » [6] ، ولأن الإمام قد جمع بتسليمه أمرين : التحليل والسلام على المأمومين فاحتاجوا إلى الرد عليه ، وروي عن ابن عمر مثله [6] .

فصل [٢٨ - تعيين لفظ التسليم] :

ولا يجوز من لفظ السلام إلا قوله : السلام عليكم ، فإن نكَّر ونوَّن فلا

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الصلاة ، باب : من سلم تسليمة واحدة : ١/ ٢٩٧ ، الترمذي في الصلاة ، باب : التسليم في الصلاة : ٢/ ٩١ ، والحاكم : ١/ ٢٣ ، وقال : على شرط الشيخين ، وقال النووي : هو حديث ضعيف ولا يقبل تصحيح الحاكم له (نصب الراية : ١/ ٤٢٣) .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢٧١ ، والرسالة ص ١٢٢ ، الكافي ص ٤٢ - ٤٣ .

(٣) انظر : الأم : ١/ ١٢١ ، مختصر المزني ص ١٥ .

(٤) قال الزيلعي : أخرجه البيهقي في المعرفة (نصب الراية : ١/ ٤٣٤) ، وقال الهيثمي : رجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد : ٢/ ١٤٦) .

(٥) انظر الرسالة ص ١٢٢ ، التفريع : ١/ ٢٧١ ، الكافي ص ٤٣ .

(٦) أخرجه البيهقي : ٢/ ١٨١ .

(٧) أورده البيهقي في سننه : ٢/ ١٨١ .

يجزيه [١] ، خلافاً لبعض الشافعية [٢] ، لقوله عليه السلام : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [٣] ، والنقل متواتر بأنه كان يقول : « السلام عليكم » [٤] ، ولأنه نطق واجب في الصلاة ، فكان معيناً كتكبيرة الإحرام .

* * *

---

(١) انظر المدونة : ١/ ٦٥ - ٦٦ ، التفريع : ١/ ٢٧١ ، الكافي ص ٤٢ .
(٢) انظر روضة الطالبين - للنووي : ١/ ٢٦٧ .
(٣) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٢١٥) .
(٤) كما جاء في الحديث الذي أخرجه مسلم في المساجد : ١/ ٤٠٩ .

باب [ستر العورة]

اختلف أصحابنا في ستر العورة : هل هو شرط في صحة الصلاة أم لا ؟[1] فإذا قلنا : إنه شرط فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار »[2] ، وقوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي »[3] ، ولأن كل ما كان واجباً في غير الصلاة تأكد وجوبه في الصلاة ، وإذا قلنا بالوجه الآخر فلأن [هيأة][4] الصلاة من حقها بأن يتعلق [وجوبها][5] بالصلاة ، فيجب بوجوبها ويسقط بسقوطها كالطهارة وغيرها ، فلما اتفقنا على أن وجوب ستر العورة لا يقف على الصلاة ، بل يجب في كل حال أن يستر عن أعين الناس دل على أنها ليست من شرط صحة الصلاة .

فصل [١ - عورة الحرة] :

الحرة جميع بدنها عورة إلا الوجه والكفين ، فيجب عليها ستر جميعه إلا قدر ما ذكرناه[6] ، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر

---

(١) انظر : المقدمات : ١/١٦١ - ١٦٢ ، الكافي ص ٦٣ .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الحيض ، باب : إذا حاضت المرأة - لم تصل إلا بخمار : ١/٢١٥ ، وأبو داود في الصلاة ، باب : المرأة تصلي بغير خمار : ١/٤٢١ ، والترمذي في الصلاة ، باب : لا يقبل الله صلاة الحائض إلا بخمار : ٢/٢١٥ ، وقال : حديث حسن ، والحديث ليس فيه دلالة على ستر العورة وإنما يدل على وجوب ستر الرأس للمرأة، وفيه دليل من باب التنبيه على ستر سائر الجسد للمرأة فقط .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٢١٥) .

(٤) ، (٥) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ وأكملت النقص من دلالة السياق، ومن كتاب الإشراف : ١/٨٩ .

(٦) انظر : المدونة : ١/٩٤ ، الرسالة ص ٨٩ - ٩٠ ، التفريع : ١/٢٤٠ .

منها ﴾ [1] قيل : الوجه والكفان ، وروي أن أم سلمة سألت النبي عليه الصلاة والسلام : أتصلي المرأة في درع وخمار [2] ليس عليها إزار قال : « إذا كان الدرع سابغاً يغطي ظهور قدميها » ، وهو في الموطأ موقوف على أُم سلمة [3] ، وروي نحوه عن عائشة رضي الله عنها [4] .

فصـل [٢ - عورة الرجل] :

وأما عورة الرجل فمن سرته إلى ركبته [5] ، ومن أصحابنا من يقول : هو من فوق العانة إلى الركبة [6] ، والفخذان من العورة [7] ، خلافاً لمن قال : أن العورة السؤتان فقط [8] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا زوج أحدكم عبده فلا ينظر ما بين سرته إلى ركبتيه » ، وفي بعض الطرق : « فإن ما بين السرة إلى

---

(١) سورة النور ، الآية : ٣١ .

(٢) الدرع : القميص الذي يسلك في العنق ، والخمار : ثوب تغطي به المرأة رأسها (المصباح المنير ص ١٨٠ ، ١٩٢) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٩١٥ ، وأبو داود في الصلاة ، باب : كم تصلي المرأة : ١/ ٤٢٩ ، والحاكم : ١/ ٢٥٠ ، وقال : أنه على شرط البخاري ، وقال ابن الجوزي : هذا الحديث فيه مقال (نصب الراية : ١/ ٢٩٩) .

وأم سلمة : هي أم المؤمنين هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بنت عم خالد بن الوليد من المهاجرات الأول ، كانت آخر من مات من أُمهات المؤمنين ، لها جملة أحاديث (ت ٦١ هـ) (شذرات الذهب : ١/ ٦٩ ، سير أعلام النبلاء : ٢/ ٢٠١) .

(٤) المصنف لعبد الرزاق : ٣/ ١٢٨ - ١٢٩ ، مصنف ابن أبي شيبة : ٢/ ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٥) التفريع : ١/ ٢٤٠ ، الكافي ص ٦٣ .

(٦) انظر : الذخيرة : ١/ ٤٨٠ ، مواهب الجليل : ١/ ٤٩٨ - ٤٩٩ .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٢٤٠ .

(٨) هذا ما قاله داود : أن الفخذ ليس بعورة (المجموع : ٣/ ١٧٥) .

الركبة عورة »[1] ، وقوله لعليّ رضي الله عنه : « لا تنظر إلى فخذ حي ولا ميت »[2] ، وفي حديث عبد الله بن جرهد عن أبيه أن النبي ﷺ قال له : «غط فخذك فإن الفخذ عورة »[3] .

فصـل [٣ - عورة الأمة] :

فأما الأمة فعورتها مثل عورة الرجل[4] ، بدليل جواز تقليبها عند الشراء ورؤية شعرها وذراعيها ، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يضرب الإماء ، إذا لبسن الإزار ، ويقول : « لا تتشبهن بالحرائر » ، وقال : لابنه ألم أخبر أن جاريتك خرجت في الإزار تشبهت بالحرائر ولو لقيتها لأوجعتها ضرباً[5] .

فصـل [٤ - الصلاة في ثوب واحد] :

الصلاة في الثوب الواحد إذا ستر العورة جائز[6] ، لأنه صلى الله عليه وسلم

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : متى يؤمر الغلام بالصلاة : ١/ ٣٣٤ عن سوار ابن داود الصيرفي ، قال فيه : يحيى بن معين ثقة ، أما طريق : « فإن ما بين السرة إلى الركبة عورة » ، فقد أخرجه الطبراني في الأوسط ، وفيه أحرم بن حوشب وهو ضعيف (انظر نصب الراية : ١/ ٢٩٨ ، ومجمع الزوائد : ٢/ ٥٦) .

(٢) أخرجه أبو داود في الحمام ، باب : النهي عن التعري : ٤/ ٣٠٣ ، وابن ماجه في الجنائز ، باب : ما جاء في غُسل الميت : ١/ ٤٦٩ ، وقال أبو داود : حديث فيه نكارة وأخرجه الحاكم وسكت عنه (نصب الراية : ٤/ ٢٤٤) .

(٣) أخرجه أبو داود في الحمام ، باب : النهي عن التعري : ٤/ ٣٠٣ ، والترمذي في الاستئذان ، باب : ما جاء أن الفخذ عورة : ٥/ ١٠٢ ، وقال : حديث حسن وما أرى إسناده بمتصل .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٤٠ ، الكافي ص ٦٣ .

(٥) أخرجه البيهقي : ٢/ ٢٦ ، والوارد في الخبر أن عمر ضربهن على الاختمار وليس على لبس الإزار .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٢٤٠ ، الرسالة ص ١٢٩ .

كان يصلي في الثوب الواحد »[1] ، وقال لما سُئل عنه : « أَوَ لِكُلِّكُم ثوبان»[2]
إذا ثبت هذا فيكره أن يصلي عاري الكتفين من رداء أو ما يقوم مقامه في الجماعة[3] ، لأن النبي ﷺ كان لا يصلي إلا برداء [4] ، ويكره السراويل [5] وحده لأنه من زي الأعاجم ، والأفضل في الثوب الواحد في القميص لا يعري به الكتف ، فإن لم يكن فالمئزر أفضل من السراويل .

فصل [٥ - تغطية الأنف في الصلاة] :

ولا يغطى في الصلاة أنفه [6] ، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك، وقوله: « خط كخط الشيطان » [7] ، ولأنه ضرب من سوء الأدب وترك التوقير للصلاة.

فصل [٦ - اتقاء الحر والبرد بثوب المصلي] :

ويجوز أن يتقي بثوبه الحر والبرد وأذى الأرض [8] لما روي : « أنه صلى الله

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الصلاة في القميص : ٦١/٢ ، ومسلم في الصلاة ، باب : الصلاة في ثوب واحد : ٣٦٨/١ .

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الصلاة في القميص : ٩٦/١ ، ومسلم في الصلاة ، باب : الصلاة في ثوب واحد : ٣٦٧/١ .

(٣) انظر : التفريع : ٢٤٢/١ .

(٤) لم أقف على حديث بلفظ رداء ، لكن كما قال البيهقي : أن الأحاديث الصحيحة التي رويناها في صلاة النبي ﷺ في ثوب واحد متوشحاً المراد به الرداء أو ما يشبه الرداء والله أعلم (٢/ ٢٤٠) ، وأخرج مسلم حديث أبي سعيد قال : دخلت على رسول الله ﷺ وهو يصلي في ثوب متوشحاً به (في الصلاة ، باب : الصلاة في ثوب واحد : ٣٦٨/١).

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٩٠ ، التفريع : ٢٤٢/١ .

(٦) انظر الرسالة ص ١٢٩ .

(٧) الحديث قال فيه صلى الله عليه وسلم : « لا يصلين أحدكم وثوبه على أنفه ، فإن ذلك خطم الشيطان » ، وليس خط كم ذكر المصنف ، وقد أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه ابن لهيعة وفيه كلام (انظر : مجمع الزوائد : ٨٦/٢) ، ومعنى خطم : هو المنقار من كل طائر ، ومن كل دابة مقدم الأنف والفم (المصباح المنير : ١/ ١٧٤) .

(٨) انظر : التفريع : ٢٤٢/١ - ٢٤٣ .

عليه وسلم كان يصلي في كم له يتقي بفضوله حر الأرض وبردها »[1] ولأن شدة الحر والبرد متى كلف المصلي مباشرته بيده يمنع الخشوع وأداء الصلاة على ما يجب لها .

فصـل [٧ - كفت الشعر والثوب في الصلاة] :

كفت الشعر [2] والثوب له حالان [3] : حال يكره فيها ، وحال يباح ، فأما حال الإباحة فأن يكون فعل ذلك لغير الصلاة لعمل كان يعمله ، فشمر كمه أو ذيله أو كفت شعره لعمله الذي يربأه ثم أدركته الصلاة ، فهذا يجوز له أن يصلي على هذه الحال لأنه لم يقصد بذلك الصلاة فينسب إلى التكبر وترك الخشوع ، وحال الكراهة أن يكون قاصداً بذلك الصلاة ، وأن يصون ثوبه وشعره أن يصيب بهما الأرض ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ولا يكفت شعراً ولا ثوباً » [4] ، فأخبر أن النهي عن ذلك [هو] [5] إذا قصد به الصلاة ، ولأن فيه ضرباً من التجبر وترك الخشوع .

* * *

---

(١) هذا الحديث لم أجده من فعل النبي ﷺ ، ولكن أخرج البخاري في كتاب الصلاة، باب : في الثياب ، باب : السجود على الثوب : ١/ ١٠١ ، ومسلم في المساجد ، باب : استحباب تقديم الظهر في أول الوقت : ١/ ٤٣٢ عن أنس قال : كنا نصلي مع النبي ﷺ فيضع أحدنا طرف الثوب من شدة الحر في مكان السجود .

(٢) يكفت : يعني يضم (الصحاح : ١/ ٢٦٣) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٩٥ ، التفريع : ١/ ٢٤٣ .

(٤) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : السجود على سبعة أعظم : ١/ ١٩٧ ، ومسلم في الصلاة ، باب : أعضاء السجود : ١/ ٣٥٤ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل على حسب السياق .

باب [السهو في الصلاة]

السهو [1] في الصلاة ضربان : سهو نقصان وله سجدتان كثر أم قل تؤخران على حاله إلى آخر الصلاة مع النقصان يؤتي بها قبل السلام وفي الزيادة بعده [2]، فإن اجتمعا - ولا يخلوا أن يكونا من أحد الضربين أو من كليهما - فإن كان من أحدهما مثل أن يزيد في الصلاة زيادتين أو ينقص منها سجد للكثير مثل سجوده للقليل ، وإن كان زيادة ونقصاً ، لم يزد على سجدتين لكن يغلب النقصان فيسجد له قبل السلام .

وإنما فرقنا بين النقصان والزيادة لتفريق رسول الله عليه الصلاة والسلام بينهما ، ففي حديث ابن بحينه : « أنه صلى الله عليه وسلم قام من اثنتين فقام الناس معه، فما بلغ آخر الصلاة وانتظر تسليمه سجد سجدتين قبل السلام ثم سلم » [3] ، وفي حديث أبي هريرة : « أنه صلى الله عليه وسلم قام من اثنتين فقال ذو اليدين: أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فقال : كل ذلك لم يكن ، فقال : « أحقاً ما يقول ذو اليدين ؟ » ، قالوا : نعم ، فأتم ما بقى من الصلاة ثم سجد سجدتين وهو جالس بعد التسليم [4] .

ومن جهة المعنى : فلأن سجود النقصان جبران للنقص الواقع في الصلاة

---

(١) السهو : في اللغة يدل على الغفلة والسكون ، ويفارق الناس لأن الناس إذا ذكرته تذكر والساهي بخلافه يتذكر بأدنى مذكر (الفواكه الدواني : ٢١٩/١ ، المصباح المنير ص ٢٩٣) .

(٢) انظر : التفريع : ٢٤٤/١ ، الرسالة ص ١٢٩ ، الكافي ص ٥٦ .

(٣) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : من لم ير التشهد الأول واجباً : ٢٠١/١ ، ومسلم في المساجد ، باب : السهو في الصلاة والسجود : ٣٩٩/١ .

(٤) أخرجه البخاري في السهو : ٦٦/٢ ، ومسلم في المساجد ، باب : السهو في الصلاة والسجود : ٤٠٤/١ .

وسبيل الجبران للنقص في العبادة أن يكون فيها لا بعدها ، وسجود الزيادة ترغيم للشيطان وشكر لله تعالى على إتمام الصلاة وإكمالها [1] ، فلم يكن فيه المعنى المقتضى لوقوعه قبل التسليم ، ولأنه لما زاد في الصلاة ما سهى بفعله لم يجز أن [يكون] [2] فيها السجود لأنها لا تحتمل زيادتين ، وليس كذلك النقصان لأنه لما نقص منها جاز أن يكون السجود فيها جابر [3] للمتروك .

فصل [١ - أدلة تأخير السجود إلى آخر الصلاة وألا يزيد على سجدتين] :

وإنما قلنا : أنه لا يسجدهما عقيب السهو ، بل يؤخرها إلى آخر الصلاة لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل [4] ، ولأنهما لجميع السهو فأخر إلى آخر الصلاة لجواز أن يتبع السهو سهو آخر فيكون السجود لجميعه ، وإنما قلنا : أنه لا يزيد على سجدتين ، وإن كثر السهو لقوله صلى الله عليه وسلم : « لكل سهو سجدتان » [5] ، واتفق على أن المراد بذلك جنس السهو ، ولأن الأصل في السجود الذي يفعل بسبب السهو اقتضى أن يكون عقيب سببه كسجود التلاوة ألا أنَّه جعل سجود السهو مؤخراً إلى آخر الصلاة ، لهذا المعنى وهو أنه لجميع جنسه، إذ قد يمكن أن يسهو ثانياً ألا ترى أن سجود التلاوة لما كان لكل سجدة تقرأ سجود يخصها أُتِيَ به عقيب سببه .

فصل [٢ - اجتماع الزيادة والنقصان في الصلاة] :

وإنما قلنا : أنه إذا اجتمع زيادة ونقصان سجد لهما قبل السلام [6] ، فلأنه لا

---

(١) كما جاء ذلك في الحديث الذي أخرجه مسلم في المساجد : ١/ ٤٠٠ .

(٢) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل النقص على حسب ما يقتضيه السياق .

(٣) في جميع النسخ جائز وهي جابر كما أثبتناه .

(٤) كما جاء في الأحاديث التي سبقت .

(٥) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : من نسي أن يتشهد وهو جالس : ١/ ٦٣٠ ، وابن ماجه في الصلاة ، باب : فيمن سجدها بعد السلام : ١/ ٣٨٥ ، وأحمد : ٥/ ٢٨٠، وفيه إسماعيل بن عياش وليس بالقوي إذا روي عن غير الشاميين (انظر نصب الراية : ١/ ١٦٧) .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٣٠ ، التفريع : ١/ ٢٤٤ ، الرسالة ص ١٢٩ .

يخلو من ثلاثة أحوال : إما ألا يسجد أصلاً وذلك غير جائز بالاتفاق ، أو أن يسجد أربع سجدات ، وذلك غير جائز لأنه خلاف للأصول ، أو أن يغلب أحدها فكان النقصان أولى بالتغليب لأنه جبران وسجود الزيادة شكر وإرغام للشيطان ، ولا يجوز أن يؤتى بسجود الشكر على [ترك صلاة] [١] ناقصة ولا أن يرغم الشيطان بترك الصلاة ناقصة غير مكتملة ، فلذلك وجب تغليب النقصان.

فصـل [٣ - التكبير في سجدتي السهو] :

ويكبر في سجدتي السهو [٢] حال ابتدائهما والقيام منهما ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك [٣] ، ولأن الشروع في كل السجود بتكبير ، فكذلك الرفع منه اعتباراً بسجود الصلاة وسجود التلاوة .

فصـل [٤ - التشهد لسجدتي السهو بعد السلام] :

« فإذا كانت بعد التسليم تشهد لهما » [٤] ، لأن رسول الله ﷺ فعل ذلك[٥] ولأن من سبيل السلام أن يكون عقيب تشهد ألا ترى أن سلام التحليل لا يكون إلا عقيب تشهد أو لا ترى أنه إذا فرغ من تشهده ثم قام ونسي السلام ، فإنه يرجع إذا كان قريباً فيعيد التشهد ثم يسلم ، ولا يكتفي بالتشهد الأول لتراخيه عن السلام .

فصـل [٥ - هل يتشهد للسجدتين التي قبل السلام ؟] :

وأما السجدتان قبل السلام ففيهما روايتان [٦] : إحداهما أنه يتشهد لهما ،

---

(١) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل من السياق .
(٢) انظر : المدونة : ١/١٢٨ ، التفريع : ١/ ٢٥٠ .
(٣) في الحديث الذي أخرجه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد : ٢/ ١٥٥) .
(٤) انظر : المدونة : ١/١٢٨ ، الرسالة ص ١٢٩ .
(٥) لم أعثر على من أورد ذلك .
(٦) انظر : الرسالة ص ١٢٩ ، التفريع : ١/ ٢٥٠ .

والآخر أنه لا يتشهد لهما ، فوجه قوله : إنه يتشهد لهما ما روى عمران بن حصين : « أن النبي ﷺ سهى فسجد سجدتين ثم تشهد وسلم »[1] ، ولأنه سجود عن سهو فأشبه الذي بعد السلام ، ولأن السلام يقتضي أن يكون عقيب تشهد اعتباراً بالصلاة التي لا سهو فيها ، والتشهد الذي أتي به قد تخلل بينه وبين السلام سجود السهو فيجب أن يستأنف غيره ليقع السلام عقيبه ، ووجه كونه لا يتشهد له أنه يكتفي في ذلك بالتشهد الأول لأنه لم يفصل بينه وبين السجود بسلام ، ولأن الركعة الواحدة لا يتشهد فيها تشهدين .

فصل [٦] :

ويسلم من اللتين بعد السلام[2] ، « لأن النبي ﷺ سلم منهما »[3] ، فأما اللتان قبل السلام فإن السلام من الصلاة يغني عن تجديد سلام لهما .

فصل [٧ - في كيفية التسليم من سجدتي السهو] :

وفي كيفية التسليم منها روايتان[4] : إحداهما أنه يجهر به كالتسليم من الصلاة ووجهها أنه يسلم عقيب تشهد ، فأشبه التسليم من الصلاة ، والأخرى أنه يخفيه اعتباراً بصلاة الجنائز ، ولأنها صلاة لا ركوع فيها .

فصل [٨ - من ترك سجود السهو الذي هو بعد السلام] :

إذا ترك السجود بعد السلام ناسياً سجد متى ذكر ولم يُعِد الصلاة لتركه ، والذي قبل السلام يأتي به ما دام عن قرب وفي مجلسه ، فإن تباعدا وانتقض وضوءه أعاد[5] . والفرق بينهما أن الذي بعد السلام ليس من الصلاة ، وما

---

(١) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : السهو في الصلاة والسجود : ١/ ٤٠٥ .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٢٨ ، الرسالة ص ١٢٩ .

(٣) كما جاء في الأحاديث التي ذكرت سابقاً .

(٤) انظر : الكافي ص ٤٣ ، ٦٠ ، ومواهب الجليل للخطاب مع التاج والإكليل للمواق: ٢/ ٢١ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٢٩ ، التفريع : ١/ ٢٥ ، الرسالة ص ١٢٩ .

يفعل بعد العبادة لا تفسد بتركه ، والذي قبل السلام هو في نفس العبادة قبل التحلل منها فجاز أن يبطل بتركه ، ولأن سجود الزيادة شكر لله وترغيم للشيطان على تمام الصلاة فهو يتضمن صحتها وانتفاء الفساد عنها ، وسجود النقصان جبران للنقص الواقع فيها ، فجاز أن يفسد بتركه .

فصــل [٩ - حكم إعادة الصلاة عمن ترك جميع السجود] :

وقد اختلف عنه هل تعاد الصلاة عمن ترك جميع السجود للنقصان أو بعضه ، فعنه في ذلك روايتان (١) : إحداهما أن ذلك حكم جميع السهو (٢) ، والآخر أنها تعاد من ترك السجود لنقص الأفعال دون الأقوال ، فوجه الأولى هو أنه جبران للنقص الواقع في الصلاة فأشبه [النقص] (٣) عن الأفعال ، ووجه الثانية هو أن حكم الأفعال آكد من حكم الأقوال بدلالة أن الإمام يحمل على المأموم من أركان الأقوال وهو القراءة ، ولا يحمل عنه شيئاً من أركان الأفعال .

فصــل [١٠ - أنواع المتروك من الصلاة وما يسجد له منها] :

المتروك من الصلاة أربعة أنواع : فرض ، وسُنَّة ، وفضيلة ، وهيئة : فالمفروض لا يجزيه سجود السهود ولا يجزى مَنْ تركه إلا الإتيان به ، وذلك كتكبيرة الإحرام والقراءة بأُم القرآن والركوع والسجود وغيرها من فرائض الصلاة، والهيئات كرفع اليدين وصفة الجلوس وما أشبهه ، وكذلك الفضائل الداخلة على الصلاة ، وليست من أصل بنيتها كالقنوت وسجود التلاوة ، لا يسجد للسهو منها، والمسنون مثل سورة مع أُم القرآن في الركعتين الأوليين والإسرار والجهر في مواضعها والتكبيرات غير الافتتاح وما أشبه ذلك [من السنن] (٤) هو الذي يسجد له (٥) .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٢٩ ، التفريع : ١/ ٢٥٠ ، الكافي ص ٥٩ .

(٢) أي حكم من ترك أي نوع من السهو في إعادته الصلاة .

(٣) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٤) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل النقص من السياق .

(٥) راجع في هذه الجملة من الأحكام : المدونة : ١/١٢٨ - ١٣٤ ، والتفريع : ١/٢٤٣ - ٢٤٤ ، الرسالة ص ١٢٩ - ١٣٠ .

فصل [١١ - إذا لم يدركم صلى] :

إذا لم يدركم صلى ، له حالاتان [١] : حال يستنكحه الشكوك ويغلب عليه ولا يصح له معها يقين ، فهذا ضرب من ضروب الوسواس فينبغي أن يلهى عنه ولا يلتفت إليه ، ويستحب له أن يسجد بعد السلام لأنه إلى الزيادة أقرب ، وحال يقل شكه أو يكثر إلى حد يمكن معه معرفة اليقين ولا ينتهي إلى أن يحصل يقين ، فهذا إذا شك بني على يقينه وسجد بعد السلام ولا يرجع إلى غالب الظن ولا تخمين ، خلافاً لأبي حنيفة [٢] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا شك أحدكم في صلاته فليلغ الشك وليبن على اليقين ، فإذا استيقن التمام سجد سجدتين » [٣] ، ولأن أمر الصلاة مبني على الاحتياط ، والاحتياط هو البناء على اليقين دون غالب الظن والتخمين .

فصل [١٢ - من نسي تكبيرة الإحرام] :

إذا نسي تكبيرة الإحرام في صلاته أعاد سواء أكان إماماً أو مأموماً أو منفرداً [٤] فإن ذكر وهو في الصلاة : فإن كان لم يكبر للركوع ابتدأ الصلاة ، وإن كان إماماً [أعلم] [٥] من خلفه بالذي لأجله فعل ذلك لئلا يخلط عليهم ، فإن كبر للركوع فإن كان إماماً أو منفرداً فحاله في ذلك كحاله قبل أن يكبر للركوع ، وإن كان مأموماً نظر : فإن أمكنه أن يرفع رأسه فيكبر للإحرام ويلحق الركعة مع الإمام فعل ، وإن غلب على ظنه أنه إن فعل ذلك فاتته الركعة استحببنا له أن يمضي مع الإمام ثم يعيد الصلاة ، وإن اختار أن يقطع ويبتديء فذلك له .

---

(١) انظر : المدونة : ١٢٨/١ ، التفريع : ٢٥٠/١ - ٢٥١ ، الرسالة ص ١٣١ ، الكافي ص ٦٠ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ ، مختصر القدوري - مع شرحه اللباب : ٩٨/١ .

(٣) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : السهو في الصلاة : ٤٠٠/١ .

(٤) انظر : التفريع : ٢٤٦/١ ، الكافي ص ٣٩٠ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة من جميع النسخ وأكمل النقص بما يقتضيه السياق .

ووجه استحبابنا له ذلك أن من أهل العلم من يذهب إلى أن تكبيرة الركوع تنوب عن تكبيرة الإحرام فلم نأمره بالخروج من صلاة يختلف أهل العلم في انعقادها ، وكان ذلك مخالفاً لحاله قبل أن يكبر للركوع ، ولأن أحد لا يقول : أن الصلاة منعقدة به بغير تكبيرة ، وهذا للمأموم لأنه قد عقد صلاته بصلاة إمامه، فأما إن كان إماماً أو منفرداً فلا يوجد هذا المعنى فيهما .

فصل [١٣ - سهو المأموم] :

إذا سهى المأموم لم يسجد وحمله الإمام عنه [١] ، لقوله صلى الله عليه وسلم: « الإمام ضامن » [٢] ، والضامن يقتضي مضموناً وذلك هو القراءة وسجود السهو ، ولأنه لما ألزمه أن يسجد في سهو الإمام ، وإن لم يكن منه سهو جاز أن لا يسجد في سهو بأن يتحمله عنه الإمام .

فصل [١٤ - المسبوق يسهو إمامه] :

إذا فاته بعض الصلاة مع الإمام ، وكان الإمام قد سها فينظر : فإن كان سجوده قبل السلام سجد معه لوجوب اتباعه ، وإن كان بعده انتظر إلى أن يفرغ من قضاء ما عليه ، ثم يسجد لأن عليه أن يتبع الإمام على حد ما يفعل الإمام ، والإمام أتى بهذا السجود بعد فراغه من الصلاة ، فكذلك يفعل المأموم .

فصل [١٥ - الكلام في الصلاة] :

الكلام عامداً لا لإصلاح الصلاة يبطلها من غير خلاف [٣] ، فأما الكلام

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٤٨ ، المقدمات : ١/١٩٨ .

(٢) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : وما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت : ١/٣٥٦ ، الترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء أن الإمام ضامن : ١/٤٠٢ ، وفي سندهما اضطراب ، ولكن رواه أحمد : ٢/٤١٩ ، بسند روي له مسلم بنفس ذلك السند نحواً من أربعة عشر حديثاً (نصب الراية : ٢/٥٨) .

(٣) انظر : الإجماع ص ٤٠ ، المجموع : ٤/ ٣٠ .

سهواً فلا يبطلها (١) خلافاً لأبي حنيفة (٢) ، لقوله : « رفع عن أُمتي الخطأ والنسيان » (٣) ، ولأنه كلام أتى به سهواً [أشبه] (٤) أن يقول السلام عليكم .

فصل [١٦ - الكلام لمصلحة الصلاة] :

وإذا لم ينتبه إمامه إلا بالكلام فتكلم لم تبطل صلاته (٥) ، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة (٦) ، لقوله : « أحقاً ما يقول ذو اليدين » (٧) ، وكذلك كلام ذي اليدين ، ولأن الحاجة داعية إليه لمصلحة الصلاة فأشبه قوله سبحان الله .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١٢٧، التفريع : ١/ ٢٦٠ ، الرسالة ص١٣١ ، الكافي ص٦٦

(٢) انظر : مختصر القدوري : ١/ ٨٥ .

(٣) الحديث بلفظ : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا » أخرجه ابن ماجه في الطلاق ، باب : الطلاق المكره والناس : ١/ ٦٥٩ ، وابن حبان والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين (نصب الراية : ٢/ ٦٤) .

(٤) ما بين معقوفتين مطموسة وأكمل النقص من السياق .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٢٦ ، التفريع : ١/ ٢٦٠ ، الكافي ص ٦٦ .

(٦) انظر : المبسوط : ١/ ١٧٠ - ١٧١ ، الأم : ١/ ١٢٤ .

(٧) حديث ذي اليدين الذي سبق تخريجه ص ٢٣٣.

باب [القنوت في صلاة الصبح ، والصلاة النافلة]

والقنوت فضيلة [١] في صلاة الصبح [٢] ، خلافاً لأبي حنيفة [٣] ، « لأن رسول الله عليه الصلاة والسلام كان يقنت في صلاة الفجر » [٤] ، وقال أنس : ما زال رسول الله ﷺ يقنت فيها حتى فارق الدنيا [٥] ، ولأن أكابر الصحابة فعلوه بعده مثل : أبي بكر ، وعمر ، وعليّ ، وأبي موسى [٦] ، وابن عباس [٧] والبراء بن عازب [٨] ، وغيرهم [٩] .

---

(١) الفضيلة : مأخوذة من الفضل وهو في الفعل استحقاق الثواب عليه (انظر الجامع من هذا الكتاب) ، والقنوت : الدعاء (المصباح : ١/٥١٦) .

(٢) المدونة : ١/ ١٠٠ ، التفريع : ١/١٦٦ ، الرسالة ص ١١٨ ، الكافي ص ٤٤ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٨ ، مختصر القدوري : ١/٧٧ .

(٤) أخرجه البزار والطبراني وابن أبي شيبة والطحاوي : فيه أبو حمزة القصبة ، وهو فاحش الخطأ ، ويشهد له حديث أبي هريرة الذي في الصحيحين (نصب الراية : ٢/١٢٣).

(٥) أخرجه أحمد : ٣/١٦٢ ، والدارقطني : ٢/٣٩ ، والبيهقي : ٢/٢٠١ ، وصحَّحه الحاكم ، وأقره البيهقي على ذلك (نصب الراية : ٢/١٣١) .

(٦) أبو موسى : هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب ، الإمام الكبير صاحب رسول الله - عليه الصلاة والسلام - الفقيه المقري ، أقرأ أهل البصرة وأفقههم في الدين ، استعمله النبي - عليه الصلاة والسلام - على اليمن مع معاذ وولى أمرة الكوفة والبصرة (ت ٤٢) (شذرات الذهب : ١/٢٩ ، سير أعلام النبلاء : ٢/ ٣٨٠) .

(٧) ابن عباس : هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ابن عم رسول الله - عليه الصلاة والسلام - الصحابي القرشي ، حدث عن النبي - عليه الصلاة والسلام - وعن عمر وعليّ ومعاذ وغيرهم ، حبر الأمة وفقيه العصر وإمام التفسير (ت ٨١ هـ) (تذكرة الحُفَّاظ : ١/٣٧ ، سير أعلام النبلاء : ٣/٣٣١) .

(٨) البراء بن عازب : هو ابن الحارث أبو عمارة الأنصاري الحارثي المدني ، نزيل الكوفة ، الفقيه الكبير من أعيان الصحابة ، روى حديثاً كثيراً ، (ت ٧٢ هـ) (شذرات الذهب : ١/ ٧٧ ، سير أعلام النبلاء : ٣/ ١٩٤) .

(٩) أخرج هذه الآثار : البيهقي : ٢/٢٠١ - ٢٠٦ ، ابن أبي شيبة : ٢/٣١١ - ٣١٢، عبد الرزاق : ٦/١٠٨ - ١١٢ .

فصـل [١ - موضع القنوت] :

وموضعه الركعة الثانية [١] ، وكذلك فعل رسول الله عليه الصلاة والسلام[٢] وهو مخير إن شاء قبل الركوع ، وإن شاء بعده ، لأن كل ذلك قد روي عن الصدر الأول ، وروي عن عمر [٣] وعثمان ، وعليّ [٤] ، وقيل : إنما فعله عمر ليدرك الصلاة من يتأخر مجيئه إليها .

فصـل [٢ - تحية المسجد] :

ومن دخل المسجد ركع قبل أن يجلس لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا دخل أحدكم المسجد فليركع ركعتين قبل أن يجلس » [٥] .

فصـل [٣ - الصلاة في أوقات النهي] :

لا تصلي نافلة بعد العصر حتى تغرب الشمس ولا بعد الفجر حتى تطلع [٦] ، لقوله عليه السلام : « لا تحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها » [٧] ، ولأنه « نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وبعد الفجر حتى تطلع »[٨] ، وقيل : إنها تطلع وتغرب بين قرني الشيطان .

---

(١) انظر : الرسالة ص ١١٨ ، الكافي ص ٤٤ .

(٢) عن أبي هريرة : « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قنت في الركعة الآخرة من الفجر » أخرجه البخاري في التفسير ، باب : « ليس لك من الأمر شيء » : ٥/ ١٧١ ، ومسلم في المساجد : ١/ ٤٦٧ .

(٣) لم أجده عن عمر ، لكن ثبت هذا عن عثمان ، كما أخرجه البيهقي : ٢/ ٢٠٩ ، وعبد الرزاق : ٣/ ١٠٩ .

(٤) أخرج هذه الآثار البيهقي : ٢/ ٢٠٨ - ٢٠٩ ، ابن أبي شيبة : ٢/ ٣١٢ - ٣١٣ .

(٥) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : إذا دخل المسجد فليركع ركعتين : ١/ ٥٣٧ ، ومسلم في صلاة المسافرين : ١/ ٤٩٥ .

(٦) انظر : الرسالة ص ١٢٦ ، الكافي ص ٣٦ - ٣٧ .

(٧) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين ، باب : الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها : ١/ ٥٦٨ .

(٨) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة ، باب: الصلاة بعد الفجر حتى ترفع الشمس: ١/ ١٤٥ ، ومسلم فى صلاة المسافرين، باب : الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها: ١/ ٥٦٦

فصـل [٤ - الصلاة التي لها سبب في أوقات النهي] :

لا خلاف في منع ذلك فيما لا سبب له ، فأما فيما له سبب مثل أن يدخل المسجد فيريد تحيته أو ما أشبه ذلك فسبيله في المنع عندنا سبيل ما لا سبب له ، واختلف في صلاة الكسوف وسجود القرآن [١] ، وقال الشافعي : كل نافلة لها سبب مثل تحية المسجد وقضاء فائته جائز فعلها في الأوقات المنهي عنها [٢] ، ودليلنا قوله : « لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس » [٣] فعم ، ولأنها صلاة نفل فأشبهت ما لا سبب له .

فصـل [٥ - قضاء الفوائت في الأوقات المنهي عنها] :

وتقضي الفوائت من الفرائض في الأوقات المنهي عنها [٤] ، خلافاً لأبي حنيفة[٥] ، لقوله : « من نسي صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك وقتها » [٦] ، ولأنها صلاة فرض فأشبهت عصر يومه أو فجره .

فصـل [٦ - من صلى ركعتي الفجر في بيته ثم دخل المسجد] :

إذا صلي ركعتي الفجر في بيته ثم دخل المسجد فقيل : يركع تحية المسجد ، وقيل : يجلس ولا يركع [٧] ، فوجه الأول : قوله : « إذا دخل أحدكم المسجد

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٣٦ - ٢٧٠ ، الرسالة ص ١٢٦ .

(٢) انظر : الأم : ١/ ١٥٠ ، مختصر المزنى ص ١٩ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) انظر : المدونة : ١/١٢٣ ، الرسالة ص ١٣١ .

(٥) يجوز عند أبي حنيفة ذلك لكن مع الكراهة (انظر مختصر القدوري : ١/٨٩ ، تحفة الفقهاء : ٢/١٠٥) .

(٦) أخرجه البخارى فى المواقيت ، باب : من نسي صلاة فليصلها إذا ذكر : ١/١٤٨ ، ومسلم فى صلاة المسافرين ، باب : قضاء الصلاة الفائتة : ١/٤٧٧ .

(٧) انظر : الرسالة ص ١٢٦ ، الكافي ص ٣٧ ، ١٢٦ .

فلا يجلس حتى يركع ركعتين » (١) ، ولأنه داخل إلى المسجد [لأداء] (٢) صلاة الفجر وأشبه إذا لم [يصل] (٣) ، ووجه الثانى فى قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا طلع الفجر فلا صلاة إلا ركعتى الفجر » (٤) .

فصـل [٧ - صلاة الوتر] :

الوتر (٥) سُنَّة مؤكدة (٦) ، خلافاً لأبى حنيفة (٧) فى قوله : إنها واجبة وليست بفرض ولا سُنَّة ، لقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى لما سأله عن الإسلام : « خمس صلوات فى اليوم والليلة » (٨) ، ولو كانت الوتر واجبة لكان يقول ستاً ، وقال : هل عليَّ غيرهن ، قال : « إلا أن تتطوع » (٩) ، وذلك ينفى وجوب ما عدا الخمس ، وقوله : « أمرت بالوتر وهو لكم سُنَّة»(١٠) ولأنه صلى الله عليه وسلم صلاها على الراحلة » (١١) ، ولو كانت

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً ص ٢٤٣ .

(٢) ، (٣) ما بين معقوفتين مطموسة فى جميع النسخ وأكمل النقص من السياق .

(٤) أخرجه البخارى فى التهجد ، باب : الركعتين قبل العصر : ٢/ ٥٤ ، ومسلم فى صلاة المسافرين ، باب : استحباب ركعتى سنة الفجر : ١/ ٥٠٠ .

(٥) الوتر : هو الفرد (غرر المقالة ص ١٢٤) .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٢٢ ، التفريع : ١/ ٢٦٧ ، الرسالة ص ١٢٤ - ١٢٥ ، وقوله : سُنَّة مؤكدة ، أى أنه آكد النوافل كلها وهو يأتي في الأفضلية بعد صلاة الفرض ، وقيل : ترد الشهادة من دوام على ترك المندوبات المؤكدة كالوتر .. (مواهب الجليل : ٢/ ٧٥) .

(٧) انظر : مختصر الطحاوى ص ٢٩ ، مختصر القدورى : ١/ ٧٥ ، وتحفة الفقهاء : ٢/ ١٥٤ .

(٨) ، (٩) أخرجه البخارى فى الإيمان ، باب : الزكاة من الإسلام : ١/ ١٦ ، ومسلم فى الإيمان ، باب : بيان الصلوات التى هى أحد أركان الإسلام : ١/ ٤٠ .

(١٠) أخرجه أحمد : ١/ ٢٣١ ، والحاكم : ١/ ٣٠٠ ، والدارقطنى : ٢/ ٢١ بلفظ : قريب منه ، وقد سكت الحاكم عنه (نصب الراية : ٢/ ١١٥) .

(١١) أخرجه البخارى في الوتر ، باب : الوتر على الدابة : ٢/ ١٤ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : الصلاة على الدابة : ١/ ٤٨٧ .

واجبة لم يفعل ذلك ، ولأنها صلاة ليست من سُنَّتها الأذان بوجه فلم تكن واجبة على الأعيان ابتداء أصله سائر النوافل ، ولأن كل صلاة لم تكن فرضاً لم تكن واجبة بأصل الشرع كركعتي الفجر .

فصـل [٨ - في صفة صلاة الوتر] :

صفة الوتر : أن يأتي بركعة قبلها شفع منفصل منها ، وليس لما قبلها من الفعل حد ، وأقله ركعتان ، ولا يوتر بركعة منفردة عن شفع قبلها [١] ، وإنما قلنا: أن ركعة منفصلة [٢] خلافاً لأبي حنيفة [٣] في قوله : ثلاث ركعات ، لقوله صلي الله عليه وسلم : « صلاة الليل مثنى مثنى ، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى » [٤] ، فنص على أن الوتر ركعة وروت عائشة رضي الله عنها : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي بالليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة » [٥] ، ومتى قلنا أنه يوتر بثلاث ركعات لا يفصل بينهما بواحدة ، ولا نفل قبلها لم يكن ذلك وتراً ، وهذا هو الدليل على الشافعي في أن له يوتر بركعة لا نفل قبلها [٦] ، ويدل عليه قوله : « فإذا خفت الصبح فواحدة توتر لك ما قد صليت » [٧] ، فجعل من شرط استحقاقها اسم الوتر تقدم صلاة قبلها تكون وتراً لها .

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٦٧ ، الكافي ص ٧٥ .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٢١ ، التفريع : ١/٢٦٧ ، والرسالة ص ١٢٥ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٨ ، مختصر القدوري : ١/٧٦ .

(٤) أخرجه البخاري في الوتر ، باب : ما جاء في الوتر : ٢/١٢ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : صلاة الليل : ١/٥٠٨ .

(٥) أخرجه البخاري في التهجد ، باب : كيف كانت صلاة النبي ﷺ : ٢/٤٥ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : صلاة الليل : ١/٥٠٨ .

(٦) انظر : الأم : ١/ ١٤٠ .

(٧) سبق تخريج هذا الحديث قريباً .

فصـل [٩ - ما يقرأ في الشفع والوتر] :

المستحب في قراءة الشفع : ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ في الأولى ، و﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ في الثانية ، وفي الوتر الإخلاص والمعوذتان [١] ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام : « كان يقرأ بذلك فيها » [٢] .

فصـل [١٠ - صفة القراءة في الوتر] :

القراءة في الوتر جهراً [٣] ، لأنه صلى الله عليه وسلم كان يجهر فيه بالقراءة[٤] ، ولأنه لو لم يكن يجهر لما تعلموا ما كان يقرأ به ، لأن إخبارهم بذلك كان عن سماع ومشاهدة .

فصـل [١١ - حكم دعاء القنوت] :

دعاء القنوت غير مسنون في الوتر إلا في النصف الآخر من رمضان ، ففيه روايتان [٥] ، وإنما قلنا : أنه ليس بمسنون لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جمع الناس على أبي [٦] ، فصلى بهم عشرين ليلة ولم يقنت في النصف الأول،

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٨ ، الرسالة ص ١٢٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : ما يقرأ في الوتر : ٢/ ١٣٣ ، وابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : ما يقرأ في الوتر : ١/ ٣٧١ ، والترمذي في الوتر ، باب : ما يقرأ في الوتر : ٢/ ١٣٣ ، وقال : حديث حسن غريب ، وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين : ١/ ٣٠٥ .

(٣) انظر : الرسالة ص ١٢٤ ، الكافي ص ٧٥ .

(٤) كما جاء في الحديث السابق الذي وصف قراءته صلى الله عليه وسلم في الوتر .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٩٥ ، التفريع : ١/ ٢٦٦ .

(٦) **أبي بن كعب**: ابن قيس بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار، أبو منذر الأنصاري المدني سيد القراء ، جمع القرآن في عهد النبي ﷺ ، كان رأساً في العلم والعمل ، حدث عنه بنوه وأنس بن مالك وابن عباس (ت ٣٠ هـ) (الشذرات: ١/ ٣٢ ، السير : ١/ ٣٨٩) .

وتخلف في منزله العشرة الأخيرة ، فقدموا مكانه معاذاً [١] ، فصلي بهم بقية الشهر [٢] ، فدل ذلك على أن ترك القنوت في النصف الأول إجماع ، وإلا كانوا ينكرون على أبي تركه ، ووجه قوله : إنه مسنون في النصف الآخر : ما رويناه من حديث معاذ ، ووجه قوله : إنه ليس بمسنون اعتباره بالنصف الأول ، ولأن زمان رمضان لا يؤثر في زيادة الأدعية المسنونة في الصلاة .

فصل [١٢ - من طلع عليه الفجر ولم يوتر] :

من طلع الفجر عليه ولم يوتر فليوتر ما لم يصل الفجر ، فإن صلاها فلا يوتر [٣] ، لأنه ما لم يصل الفجر يكون [وقته] [٤] متصلاً بما هو وتر له ، فإذا صلى الفجر فقد حال بينه وبين صلاة من غير جنسه ففات وقته .

فصل [١٣ - فضيلة ركعتي الفجر] :

لا خلاف في فضيلة ركعتي الفجر [٥] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «ركعتي الفجر خير من الدنيا وما فيها » [٦] ، وندبه صلى الله عليه وسلم إليها ومداومته عليها [وترغيبه] [٧] فيهما .

---

(١) **معاذ بن جبل** : ابن عمروس بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب بن عمرو بن أدي بن سعد بن عليّ بن أسد الخزرجي المدني ، وهو ممن جمعوا القرآن على عهد النبي ﷺ ، وله عدة أحاديث وبعثه صلى الله عليه وسلم إلى اليمن (ت ١٨ هـ) (شذرات الذهب : ١/ ٢٩ ، السير : ١/ ٤٤٣) .

(٢) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : القنوت في الوتر : ١/ ١٣٦ ، وهو منقطع (نصب الراية : ٢/ ١٢٦) .

(٣) المدونة : ١/ ١١٩ - ١٢٠ ، التفريع : ١/ ٢٦٧ .

(٤) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١١٨ ، التفريع : ١/ ٢٦٨ ، الرسالة ص ١٢٦ .

(٦) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين ، باب : استحباب ركعتي الفجر : ١/ ٥٠١ .

(٧) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

فصـل [١٤ - حكم ركعتي الفجر] :

اختلف أصحابنا هل هما سُنَّة أم لا [١] ؟ فقال أصبغ وابن عبد الحكم : ليستا بسُنَّة فهما من الرغائب [٢] ، وقال أشهب : أنها سُنَّة ، فوجه الأول : أن السُّنَّة ما صلاه النبي - عليه الصلاة والسلام - في جماعة وما قصر عن ذلك ولم يداوم عليه فهو من الرغائب وركعتي الفجر لم يصلهما في جماعة ، ألا ترى أنه لما صلى العيدين كانت من السُّنَّة ، ووجه قول أشهب [٣] : إن السُّنَّة عبارة عما تأكد من النوافل وترتب وتقدر ، وألا يكن موكولاً إلى اختيار المصلي، وهذه صفة ركعتي الفجر لأنها مقدرة من النوافل بركعتين لا زيادة عليهما ومرتبة قبل الفرض ، فإن أخرهما عنه لم يكونا ركعتي الفجر ، وسائر النوافل بخلاف ذلك .

فصـل [١٥ - إذا لم يصل ركعتي الفجر وأقيمت الصلاة] :

إذا دخل المسجد ولم يركع ركعتي الفجر فأقيمت الصلاة ، فإنه يخرج من المسجد فيصليها ثم يعود فيصلي معهم إن طمع أن يدرك الصلاة [٤] ، وإنما قلنا : أنه لا يصليها في المسجد لقوله : « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة »[٥]، ولأن في ذلك خلافاً على الإمام ، وإنما قلنا : أنه يخرج فيصليهما لتأكدهما ، ولأنه يمكن أن يجمع بين السُّنَّة والفرض .

---

(١) انظر : الكافي ص ٧٣ - ٧٤ ، المقدمات : ١/ ١٦٦ - ١٦٧ .

(٢) الرغيبة : هي ما داوم النبي ﷺ على فعله بصفة النوافل أو رغب فيه بقوله : من فعل كذا فله كذا ، (المقدمات : ١/ ٦٤) . وعرفها القاضي عبد الوهاب بقوله : هي بدل ما يدعو إلى العمل ليناله الفاعل (الجامع من هذا الكتاب) .

(٣) المثبت في المخطوط أصبغ والصحيح ما أثبتناه .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١١٨ ، التفريع : ١/ ٢٦٨ ، وهذا مخالف لنص الحديث : «فلا صلاة إلا المكتوبة » .

(٥) أخرجه مسلم فى صلاة المسافرين ، باب : كراهة الشروع فى نافلة بعد شروع المؤذن . . . : ١/ ٤٩٣ .

فصــل [١٦ - إذا دخل الصبح ولم يوتر] :

إذا [دخل] [١] الصبح ولم يوتر فإنه يوتر ثم يصلي ركعتي الفجر ، فإن ضاق الوقت عن الجمع بينهما صلى الوتر ثم صلى الفجر وترك الركعتين [٢] ، لأن الوتر أقوى منهما وآكد ، فإذا تزاحما قدم الآكد على الأضعف .

فصــل [١٧ - تأخير الوتر] :

الأفضل تأخير الوتر لفضيلة قيام الليل وكثرة الصلاة إلا لمن يكون الغالب عليه ألا ينتبه ، فالأفضل له أن يوتر ثم ينام [٣] ، [لأن النوم] [٤] قبل الوتر تغرير بالوتر ، وفي الحديث أنه صلى الله عليه وسلم سأل أبا بكر فقال : كيف توتر ؟ فقال : أصلي ثم أوتر قبل أن أنام ، وسأل عمر ، فقال : متى توتر ؟ فقال : قبل أن أنام أصلي ثم أنام ثم أقوم فأصلي وأوتر ، فقال لأبي بكر : أخذت بالحزم ، وقال لعمر : أخذت بالقوة [٥] .

فصــل [١٨ - جواز التنفل على الراحلة] :

ويجوز التنفل على الراحلة في مسافة سفر القصر حيث ما توجهت به [٦] ، لأنه صلى الله عليه وسلم كان يفعله ، وكان يوتر على البعير [٧] ، فجاز ذلك

---

(١) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل النقص من السياق .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١١٩ ، التفريع : ١/ ٢٦٧ .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٧ ، الرسالة ص ١٢٥ .

(٤) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل النقص من السياق .

(٥) أخرجه البيهقي : ٣/ ٣٦ ، وأخرجه الطبرانى فى الكبير ، وفيه ابن لهيعة وفيه كلام (مجمع الزوائد : ٢/ ٢٤٨) ، ولفظه : « أنه قال لأبي بكر : حذر كيس ، وقال لعمر : قوي معان » .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٢٠ ، الرسالة ص ١٣٥ .

(٧) أخرجه البخاري في الوتر ، باب : الوتر على الدابة : ٢/ ١٤ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : جواز صلاة النافلة على الدابة في السفر حيث توجهت : ١/ ٤٨٧ ، ومالك الموطأ : ١/ ١٢٤ .

إلى القِبْلة وغيرها للضرورة والحاجة إلى التنفل ، ولا يقدر على استقبال القِبْلة مع السير على الدابة ، ولا يباح ذلك فيما قصر عن سفر القصر ، خلافاً للشافعي ، لأنه معنى تعلق [بالسفر] [1] ، فلم يكن لما دون سفر القصر تأثير فيه اعتباراً بالقصر والفطر .

* * *

(١) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل النقص على حسب السياق .

باب : [في الإمامة]

ويقدم في الإمامة كل من كان أفضل [1] ، لأنه صلى الله عليه وسلم [اعتبر][2] ذلك ، فقال : « أئمتكم شفعاؤكم » [3] ، وقال : « يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله وأقدمهم قراءة ، فإن كانوا في القراءة سواء فأقدمهم هجرة ، فإن كانوا في الهجرة سواء فأكبرهم سناً » [4] .

فصل [١ - تزاحم الفقيه والقاريء على الإمامة] :

والفقيه أولى من القاريء [5] ، وهذا إذا كان كل واحد منهما يصلح أن يكون إماماً ، وذلك لأن الفقيه أعرف بحكم ما ينوبه من الحوادث في الصلاة والحاجة إلى ذلك آكد وأمس منها إلى معرفة القراءة ، فذلك كان أولى .

فصل [٢ - إمامة المرأة] :

لا تكون المرأة إماماً في فرض ولا نافلة لا لرجل ولا لنساء [6] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « أخروهن حيث أخرهن الله » [7] ، وقوله : « إنكن ناقصات عقل ودين » [8] ، ولأن كل من لم يصح أن يكون حاكماً لنقصه لم يكن إماماً

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٨٤ ، التفريع : ١/ ٢٢٣ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٢) ما بين معقوفتين مطموسة ، وأكمل النقص على حساب السياق .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ ، ورواه البيهقي : ٣/ ٩٠ بلفظ : « اجعلوا أئمتكم خياركم فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم » ، وقال : إسناد هذا الحديث ضعيف .

(٤) أخرجه مسلم فى صلاة المسافرين ، باب : من أحق بالإمامة : ١/ ٤٦٥ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٣ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٨٥ ، التفريع : ١/ ٢٢٣ .

(٧) حديث غريب مرفوعاً ، وهو فى مصنف عبد الرزاق : ٣/ ١٤٩ ، موقوف على ابن مسعود (نصب الراية : ٢/ ٣٦) .

(٨) أخرجه أحمد فى مسنده : ٢/ ٣٧٤، وله شاهد فيما رواه البخاري في صحيحه في=

في الصلاة كالمجنون ، ولأنها ناقصة بالأنوثية فلم تجز إمامتها بالنساء ، كما لم تجز بالرجال .

فصل [٣ - إمامة الأُمي للقاريء] :

والأُمي [١] لا يجوز أن يكون إماماً للقاريء [٢] ، لقوله صلى الله عليه وسلم: « يؤم الناس أقرؤهم لكتاب الله [٣] ، وهذا يمتنع في الأُمي ، ولأن القراءة ركن من أركان الصلاة وتسقط عن المأموم بتحمل الإمام إياها عنه ، فلو قلنا : إن الأُمي يصح أن يكون إماماً للقاريء لأدى ذلك إلى أحد أمرين ممنوعين: إما أن نقول : أن القراءة قد سقطت عنه فيجب من هذا جواز صلاته بغير قراءة مع قدرته عليها وذلك باطل ، أو أن نقول : أنها تلزمه فيجيء منه نقص أصلٍ آخر وهو أن الائتمام لا يسقط القراءة ، وإذا كان كذلك وجب منع ما أدى إليه ، ولأن الأُمي إذا وجد قارئاً منع أن يصلي منفرداً ، فكان بالمنع من أن يكون إماماً أولى .

فصل [٤ - اختلاف نية الإمام والمأموم] :

اختلاف نية الإمام والمأموم تؤثر في منع الائتمام به [٤] ، فإن كان الإمام متنفلاً لم يجز أن يصلي خلفه مفترض ، ويجوز أن يأتم المتنفل بالمفترض ، وإذا كانا [في صلاة فرض] [٥] ، والفرضان مختلفان لم يجز أن يأتم به ، وقال الشافعي في كل ذلك : أن الائتمام به جائز [٦] ، ودليلنا قوله صلى الله عليه

= الحيض ، باب : ترك الحائض الصوم : ١/٤٠٥ ، في قوله صلى الله عليه وسلم : «.. أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم، قلن : بلى ، قال : فذلك من نقصان دينها».

(١) الأُمي : في كلام العرب الذي لا يحسن الكتابة (المصباح المنير : ٢٣) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٨٤ ، التفريع : ١/ ٢٢٣ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٣ ، الكافي ص ٤٧ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة وتم إكمال النقص بما يقتضيه السياق .

(٦) انظر : الأم : ١/ ١٧٢ - ١٧٣ ، مختصر المزنى ص ٢٢ .

وسلم : « إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه »[1] فعم ، ولأن الائتمام يوجب للمصلي أحكاماً لم تكن له في الانفراد من سقوط القراءة وسجود السهو ولزومه في سهو الإمام وغير ذلك ، فيجب أن يتفقا في النية في تلك الصلاة ليصح تحمل الإمام عنه ، ولا يلزم عليه المتنفل خلف المفترض لأن النفل متسامح فيه .

فصل [٥ - انتظار الإمام لمن يريد الدخول معه في الصلاة] :

إذا سمع الإمام خطى إنسان يريد أن يدخل معه في الصلاة يكره له انتظاره لأن في ذلك إضراراً بمن خلفه بالإطالة عليهم ، ومراعاة من معه أولى من مراعاة من يتوقع أن يدخل معه ، ولأن في ذلك زيادة عمل في الصلاة لأجل آدمي ، ولا يلزم عليه صلاة الخوف لأنها مبنية في الابتداء على مراعاة الجماعة وانتظارهم.

فصل [٦ - مقامات المأمومين مع الإمام] :

مقامات المأمومين مع الإمام سبعة :

أحدها : أن يكون المأموم رجلاً واحد ، فهذا يستحب له أن يقف على يمين الإمام[2] ، لحديث ابن عباس قال : « بت عند خالتي ميمونة ، فقام رسول الله ﷺ ليصلي فتوضأ وقمت عن يساره فأدارني عن يمينه »[3] .

والثاني : أن يكون رجلاً فأكثر ، فهذا يستحب أن يكون خلفه[4] ، لأن ذلك هو الذي مضي عليه العمل منه صلى الله عليه وسلم ومن أصحابه بعده ، وحكي عن ابن مسعود في الاثنين إن صح : يستحب لهما أن يقف أحدهما عن يمين

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة ٢٢١ في الهامش رقم ٧ .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٨٦ ، التفريع : ١/ ٢٢٤ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٣) أخرجه البخارى في الصلاة ، باب : يقوم عن يمين الإمام : ١/ ١٧١ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٨٦ ، التفريع : ١/ ٢٢٤ ، الرسالة ص ١٢٧ .

الإمام ، والآخر عن شماله والإمام في الوسط [1] ، ودليلنا حديث أنس : « أن أم مليكة دعت رسول الله ﷺ لطعام صنعته فأكل » ثم قال : « قوموا فلأصلى بكم » ، فقام وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز خلفنا » [2] ، ولأنه جمع فأشبه الثلاث .

والثالث : أن يكون رجل وصبي فينظر ، فإن كان الصبي عاقلاً قد بلغ إلى حيث يؤمن أن يتركه ويمضي ، فهذا حكمه حكم الرجل ، فيقف هو والرجل خلف الإمام [3] ، والدليل عليه حديث أنس الذي رويناه ، وإن كان صغيراً لا يؤمن منه ذهابه وبقاء الرجل خلف الإمام وحده ، فإن مقام الرجل عن يمين الإمام كالواحد .

والرابع : أن تكون وحدها ، فهذه تقف خلف الإمام [4] ، لقوله : «أخروهن حيث أخرهن الله » [5] ، وقوله : « خير صفوف النساء آخرها وشرها أولها » [6] ، فإن صلت إلى جنبه لم تبطل صلاته ولا صلاتها [7] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تبطل صلاة الإمام إلا في صلاة مختلفة [8] ، وذلك لأنه موقف للمأموم [ ] [9] ، فلم تبطل به صلاة الإمام كوقوفه في وسط الصف واعتباراً بصلاة الجنازة .

---

(1) مصنف عبد الرزاق : ٢/٤٠٩ .

(2) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الصلاة على الحصير : ١/١٠١ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : جواز الجماعة في النافلة : ١/٤٥٧ .

(3) انظر : المدونة : ١/٨٦ ، الرسالة ص ١٢٨ .

(4) انظر : المدونة : ١/٨٦ ، التفريع : ١/٢٢٤ .

(5) سبق تخريج الأثر قريباً .

(6) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : تسوية الصفوف وإقامتها . . : ١/٣٢٦ .

(7) انظر : المدونة : ١/١٠٢ ، التفريع : ١/٢٤٤ .

(8) انظر : مختصر القدوري : ١/٨١ ، تحفة الفقهاء : ٢/٢٢٨ .

(9) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

والخامس : أن يكون رجلاً وامرأة فيقف الرجل على يمين الإمام والمرأة خلفهما[1] ، وذلك لما روى أنس : « أن النبي عليه السلام أَمَّهُ وامرأة معهم فجعله عن يمينه ، والمرأة من خلف » [2] ، ولأنه رجل واحد وكان مقامه عن يمين الإمام ، كما لو لم تكن امرأة .

والسادس : أن يكون رجلان فأكثر وامرأة واحدة أو جماع نساء فيقف الرجال خلف الإمام والنساء خلف صف الرجال [3] ، وذلكم لقوله : « ليلني منكم ذووا الأحلام والنهي » [4] ، وقوله : « أخروهن حيث أخرهن الله » [5] ، وفي حديث أنس أنه قال : صففت أنا واليتيم وراءه وقامت أم مليكة والعجوز من ورائنا [6] ، ولأنه لما وجب أن تقف خلفه مع الرجل الواحد إذا كان إلى جنبه ، وكذلك يجب أن تقوم خلف صف الرجال .

والسابع : أن تكون نساء وحدهن فمقامهن خلف الإمام صفاً واحداً ، وفي هذا القدر كفاية في الشبه على ما [بيناه] [7] .

فصـل [٧ - صلاة المنفرد خلف الصف] :

ومن لم يجد مدخلاً في الصف صلى منفرداً خلف الصف [8] ، خلافاً لأحمد[9] في قوله : أن صلاته باطلة ، لأن كل من صحت صلاته خلف الصف إذا كان معه غيره صحت صلاته إذا انفرد أصله المرأة .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٨٦ ، التفريع : ١/ ٢٢٤ ، الرسالة ص ١٢٧ - ١٢٨ .
(٢) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين ، باب : جواز الجماعة في النافلة : ١/ ٤٥٨ .
(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٤ ، الرسالة ص ١٢٧ .
(٤) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : تسوية الصفوف وإقامتها : ١/ ٣٢٣ .
(٥) سبق تخريج الحديث .
(٦) سبق تخريج الحديث .
(٧) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ وأكمل النقص من السياق .
(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٠٢ ، التفريع : ١/ ٢٦٠ .
(٩) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١١٥ ، مختصر الخرقى : ١/ ٢٦٠ .

فصــل [٨ - جذب المنفرد إليه رجلاً] :

ولا يجبذ إليه رجلاً [١] ، خلافاً للشافعي [٢] ، لأن ذلك يوقع خللاً في الصف وذلك ممنوع .

* * *

(١) انظر : المدونة : ١/ ١٠٢ ، التفريع : ١/ ٢٦٠ .

(٢) وهناك رأي آخر له : يقول : لا يجذب إلى نفسه أحداً (روضة الطالبين : ١/ ٣٦٠) .

باب [في صلاة الجماعة]

صلاة الجماعة في غير الجمعة مندوب إليها متأكدة الفضيلة (١) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة»(٢) ، وقوله : « لقد هممت أن آمر بنار تضرم فأحرق بيوت قوم يتخلفون عن الجماعة » (٣) ، وذلك يدل على شدة تأكيدها ، وإذا ثبت ذلك فليست بشرط في صحة الأداء ، خلافاً لمن ذهب إلى وجوبها (٤) على الأعيان أو الكفايات ، لأنه صلى الله عليه وسلم لما فاضل بينهما وبين الانفراد جعل حظها الفضيلة دون الآخر ، ولأنها صلاة تفعل جماعة وفرادى فلم تكن الجماعة من شرط صحتها كالنوافل .

فصل [١ - إعادة الصلاة جماعة لمن صلى وحده] :

ويستحب للمصلي وحده أن يعيدها في الجماعة (٥) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا جئت فصلِّ مع الناس وإن كنت قد صليت » (٦) ، وليحوز فضيلة الجماعة .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٨٨ - ٨٩ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : فضل صلاة الجماعة : ١/١٩٨ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : فضل صلاة الجماعة : ١/٤٥٩ .

(٣) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : وجوب صلاة الجماعة : ١/١٥٨ .

(٤) ذهب إلي ذلك الإمام أحمد وداود . (مسائل الإمام أحمد ص ١٠٦ ، المغني : ٢/١٧٧ ، المجموع : ٤/١٢١ ، المحلي : ٤/٢٦٥) .

(٥) انظر : المدونة : ١/٨٧ ، التفريع : ١/٢٦٣ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٦) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : فيمن صلى في بيته ثم أدرك الجماعة يصلي معهم : ١/٣٨٨ ، وقال النووي في الخلاصة : إسناده ضعيف (نصب الراية : ٢/١٥٠) .

فصل [٢ - عدم إعادة صلاة المغرب جماعة لمن صلاها منفرداً] :

ولا يعيد المغرب وحدها [١] ، خلافاً للمغيرة [٢] ، والشافعي [٣] ، لأنها وتر فلا تعاد ، ولأنه يكون متنفلاً بثلاث ركعات وذلك خارج عن جنس أعداد النفل .

فصل [٣ - من صلى جماعة لم يعد في جماعة أخرى] :

ومن صلى في جماعة لم يعد في أكثر منها [٤] ، خلافاً للشافعي [٥] ، لأنه لا فضل لجماعة على جماعة ، وتُكره إعادة الجماعة في المساجد التي لها أئمة مرتبون [٦] ، لما روي أبو هلال [٧] عن الحسن [٨] قال : كان أصحاب النبي ﷺ إذا دخلوا المسجد قد صُلِّيَ فيه صلوا أفراداً [٩] ، ولأن ذلك يؤدي إلى تشتيت الكلمة ، ووقوع العداوة ، ولأن فيه تطرقاً لأهل البدع إلى مخالفة الأئمة وانفرادهم بالصلاة ، ويجوز ذلك في مساجد الصحاري والمواضع التي ليست لها أئمة راتبة للأمن مما ذكرنا .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٨٧ ، التفريع : ١/ ١٦٣ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٢) انظر الكافي ص ٥١ .

(٣) انظر روضة الطالبين : ١/ ٣٤٣ ، المجموع : ٤/ ١٢٢ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٨٩ ، التفريع : ١/ ٢٦٣ ، الرسالة ص ١٢٧ .

(٥) انظر : روضة الطالبين : ١/ ٣٤٤ .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٨٩ ، التفريع : ١/ ٢٦٢ ، الرسالة ص ١٢٨ .

(٧) **أبو هلال** : محمد بن سليم أبو هلال الراسبي البصري ، قيل : كان مكفوفاً وهو صدوق فيه لين من السادسة ، مات في آخر سنة سبع وستين بعد المائة ، وقيل قبل ذلك (تقريب التهذيب ص ٤٨١) .

(٨) الحسن البصري : ابن أبي الحسن السيار أبو سعيد مولى زيد بن ثابت الأنصاري ، ثقة ، فقيه ، فاضل مشهور ، وكان يرسل كثيراً ويدلس ، وهو أهل الطبقة الثالثة ، رأى عثمان وطلحة (ت ١١٠ هـ) (تقريب التهذيب ص ١٦٠ ، شذرات الذهب : ١/ ١٣٦).

(٩) أخرجه الشافعي في الأم : ١/ ١٥٥ .

باب [الجمع بين الصلاتين]

الجمع بين الصلاتين جائز في السفر يجمع بينهما في وقت أيهما شاء إذا جدَّ به السير [1] ، والاستحباب في آخر وقت الأولى وأول وقت الثانية ، هذا في الظهر والعصر والمغرب والعشاء [2] ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز الجمع إلا بعرفة والمزدلفة [3] ، دليلنا حديث معاذ : « أن رسول الله ﷺ جمع في غزوة تبوك بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء » [4] ، وحديث ابن عمر : « كان رسول الله عليه الصلاة والسلام إذا عجل به أمر جمع بين هاتين الصلاتين » [5] ، واعتباراً بسفر الحج .

فصل [١ - الجمع في طويل السفر وقصيره] :

ويجوز ذلك في طويل السفر وقصيره [6] ، خلافاً للشافعي [7] ، حين يقول : لا يجوز في السفر القصير ، لأنه سفر مباح فأشبه ما تقصر في مثله الصلاة ،

---

(١) جدَّ به السير : إذا عظم وتعب منه (المصباح المنير ص ٩٢) .

(٢) انظر : المدونة : ١/١١١ ، التفريع : ١/٢٦١ - ٢٦٢ ، الرسالة ص ١٣٢ .

(٣) معنى الجمع عند أبي حنيفة : أن يصلي الأولى منهما وهي الظهر أو المغرب في آخر وقتها ، ثم يدخل وقت الأخرى منهما فليصليها وهي العصر والعشاء (مختصر الطحاوي ص ٣٣ - ٣٤) .

(٤) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين ، باب : جواز الجمع بين الصلاتين في الحضر : ١/٤٥٠ .

(٥) أخرجه البخاري في التقصير ، باب : يؤذن ويقيم إذا جمع بين المغرب والعشاء بلفظ : « إذا عجل به السير » : ٢/١٣٩ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : جواز الجمع بين الصلاتين في السفر : ١/٤٨٨ .

(٦) الفواكه الدواني : ١/٢٧٤ .

(٧) انظر : الأم : ١/١٨٥ - ١٨٧ ، الإقناع ص ٤٨ - ٤٩ ، في أحد قوليه .

لأن كل رخصة تعلقت بالصلاة جازت في الحضر لعذر ، جازت في قصر السفر وطويله كسائر الرخص .

فصل [٢ - الجمع في الحضر] :

ويجوز الجمع في الحضر لعذر المطر (١) ، خلافاً لأبي حنيفة (٢) ، لحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء لغير خوف ولا سفر (٣) ، قال مالك : أرى ذلك في المطر (٤) .

فصل [٣] :

وذلك في المغرب والعشاء دون الظهر والعصر (٥) ، خلافاً للشافعي (٦) ، لأن الجمع رخصة لتعجيل الناس في انقلابهم إلى بيوتهم ، وهذا في الليل لأن النهار لا بد لهم من الانتشار والتشاغل بمعايشهم والأُمور التي لا يقطعهم المطر عنها ، فلم يكن للجمع فائدة فيما له أريد ، والخبر محمول على أنه أخر الظهر إلى آخر وقتها ، وقدم العصر في أول وقتها ، لأن آخر وقت الظهر هو عندنا أول وقت العصر بغير فصل على ما ذكرناه (٧) .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١١٠ ، التفريع : ١/ ٢٦٢ ، الرسالة ص ١٣٢ .

(٢) انظر : المبسوط : ١/ ١٤٩ .

(٣) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين ، باب : الجمع بين الصلاتين في الحضر : ١/ ٤٥٤ .

(٤) الموطأ : ١/ ١٤٤ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٠١ ، التفريع : ١/ ٢٦١ - ٢٦٢ .

(٦) انظر : مختصر المزني ص ٢٥ ، الإقناع ص ٤٨ - ٤٩ ، روضة الطالبين : ١/ ٤٠٠ .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ١١٠ ، التفريع : ١/ ٢٦٢ ، الرسالة ص ١٣٢ .

فصـل [٤ - الجمع لغير المطر] :

والجمع جائز مع انقطاع المطر وبقاء الطين والظلمة [١] ، خلافاً للشافعي [٢] لأن المشقة التي لأجلها جمع بينهما حال المطر باقية مع انقطاعه وبقاء الوحل فجاز الجمع .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١١٠ ، التفريع : ١/ ٢٦٢ ، الرسالة ص ١٣٢ .
(٢) انظر : الإقناع ص ٤٩ ، روضة الطالبين ١/ ٤٠٠ ، الأم : ١/ ٧٦ .

باب [قضاء فوائت المغمى عليه]

ولا يقضي مغمى عليه ما فاته من الصلاة حال إغمائه [(١)] ، وقال أبو حنيفة : يقضي الخمس فما دون [(٢)] ، ودليلنا قوله : « رفع القلم عن ثلاث .. فذكر المغلوب حتى يفيق » [(٣)] ، ولأنها صلوات فاتت بالإغماء فلم يلزم قضاؤها كما لو زاد على الخمس ، ولأنه عذر يسقط قضاء الصلاة فيما زاد على اليوم والليلة، فكذلك فيما دونها أصله الحيض .

فصـل [١ - أوقات الضرورة والتضييق] :

قد ذكرنا في أول الكتاب أوقات التوسعة والاختيار [(٤)] ، ونحن نذكر الآن أوقات الضرورة والتضيق : فهي للحائض تطهر ، والمغمى عليه يفيق ، والصبي يبلغ ، والكافر يسلم ، والناسي يذكر ، والمريض يخاف أن يغلب على عقله ، والمسافر يجد به السير ، فمن أدرك من هؤلاء وقت جميع الصلاة أو ما يصلي فيه ركعة منها لزمه أن يصليها ، ومن أدرك مقدار أقل من ركعة ، لم يدركها وكانت فائتة [(٥)] ، وشرح هذه الأوقات هو : أن عقيب الزوال بمقدار أربع ركعات للحاضر وركعتين للمسافر يختص الطهر لا يشاركها العصر فيه بوجه ، ثم ما بعد

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٩٢ ، التفريع : ١/ ٢٥٧ ، الرسالة ص ١٣٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤ ، مختصر القدوري : ١/ ١٠١ .

(٣) أخرجه أبو داود في الحدود ، باب : في المجنون يسرق : ٤/ ٥٥٨ ، والنسائي في الطلاق ، باب : من لا يقع طلاقه من الأزواج : ٦/ ١٢٧ ، وابن ماجه في الطلاق ، باب: طلاق المعتوه : ١/ ٢٨ ، والترمذي في الحدود ، باب : ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد ، وقال : حسن غريب : ٤/ ٢٤ .

(٤) انظر : الصفحات التالية : ١٩٥ - ١٩٩ .

(٥) راجع في جملة هذه الأحكام وما بعدها المراجع التالية : المدونة : ١/ ٩٣ ، التفريع: ١/ ٢٥٦ - ٢٥٧ ، الرسالة ص ١٣٣ .

ذلك إلى قبل الغروب بخمس ركعات مشترك بين الظهر والعصر ووقت لهما جميعاً ، فإذا صار قبل المغيب بأربع ركعات للحاضر وركعتين للمسافر اختصت العصر بالوقت ولا يشاركها الظهر فيه بوجه .

وبيان ذلك : أن الحائض إذا طهرت وقد بقي من النهار قدر ثمان ركعات صلت الظهر والعصر لأنها قد أدركت وقتهما ، وكذلك إن بقي عليها سبع ركعات أو ست أو خمس ، فإن بقي أقل من خمس : صلت العصر ولم تصل الظهر لأن وقتها قد فات ، لأنا قد بيَّنا أن قبل المغيب بقدر أربع ركعات وقت للعصر لا يُشركها الظهر فيه بوجه ، فإذا لم تدرك من وقت الظهر شيئاً لم يلزمها أن تصليها سواء أدركت أربع ركعات قبل المغيب فقط أو أربعاً وبعض الخامسة من الوقت المشترك ، فإنه لا يلزمها إلا العصر ، لأن ذلك القدر من وقت الظهر لا معتبر بإدراكه لأن الاعتبار بإدراك ركعة ، فما زاد عليها على ما بينا ، وكذلك حكم المغرب والعشاء الآخرة لأن ما بعد المغرب بقدر ثلاث ركعات للمغرب خاصة لا يشركها العشاء فيه بوجه ، وما بعد ذلك إلى ما قبل الفجر بأربع ركعات مشترك بينها وبين العشاء الآخرة ، فإذا صار قبل الفجر بأربع ركعات اختص الوقت بالعشاء الآخرة ، واختلف في الحائض إذا طهرت قبل الفجر بأربع ركعات . قال مالك : تصلي المغرب والعشاء لأنها إذا فرغت من المغرب بقيت لها ركعة للعشاء [١] ، وقال عبد الملك ومحمد بن مسلمة [٢] : تصلي العشاء ولا تصلي المغرب [٣] لأن وقتها قد فات لأن ما قبل الفجر بأربع ركعات يختص العشاء الآخرة ، ولا اعتبار بإدراك ركعة منها بعد المغرب ، لأن المغرب حينئذ

---

(١) انظر : التفريع : ٢٥٧/١ ، الرسالة ص ١٣٣ .

(٢) **محمد بن مسلمة** : ابن محمد بن هشام أبو عبد الله ، من أصحاب مالك ، أفقه فقهاء المدينة بعد مالك ، أخذ عنه أحمد بن المعذل وغيره وجده هشام كان أميراً بالمدينة (ت ٢٠٦ هـ) . (انظر : الديباج المذهب : ٢٢٦/١ ، شجرة النور الزكية ص ٥٦) .

(٣) انظر : التفريع : ٢٥٦/١ ، الرسالة ص ١٣٣ .

تصلي في وقت غيرها ، وبهذا فارقت إدراك خمس ركعات ، لأن الظهر تصلي في وقتها ووقت العصر والمغرب ، هاهنا تصلي بعد فوات وقتها .

وهذا الحكم مستمر في الحائض تطهر ، والطاهر تحيض والمغمى عليه يفيق ، والكافر يسلم ، والصبي يبلغ ، والناسي يذكر . يبين ذلك أن المرأة إذا أخرت الظهر والعصر إلى أن بقي عليها من النهار قدر خمس ركعات ثم حاضت فلا قضاء عليها إذا طهرت لأنها حاضت في وقتها ، فإن حاضت وقد بقي عليها قدر أربع ركعات قضت الظهر لأنها حاضت بعد فوات وقتها وتعلقها بذمتها . وكذلك حكم الليل [(١)] ، وكذلك الناسي إذا نسي صلاتي الظهر والعصر وهو حاضر فذكرهما في السفر ، وقد بقي عليه وقت سافر من النهار قدر ثلاث ركعات ، فإنه يصليها صلاة سفر لإدراكه وقتها [وهو مسافر] [(٢)] ، وإن ذكرهما وقد بقي عليه حين سافر دون ذلك قضى الظهر حضرية لتعلقها بذمته والعصر سفرية لبقاء وقتها ، ولو نسيها في سفر فذكرهما في حضر وقد بقي من وقتها حين قدومه خمس ركعات صلاهما حضريتين لبقاء وقتهما ، فإن ذكرهما وقدومه لدون ذلك صلي الظهر سفرية لفوات وقتها والعصر حضرية لبقاء وقتها ، أما المريض إذا خاف أن يغلب على عقله فله أن يقرب العصر إلى الظهر في أول وقت الظهر ، وكذلك المغرب والعشاء ، وكذلك المسافر إذا جدَّ به السير فله أن يقرب كالمريض لأنهما من أهل الضرورات .

فصـل [٢ - إدراك الصلاة ودليله] :

وأما قولنا : إنه لا يكون مدركاً للصلاة إلا بأن يدرك من وقتها قدر ركعة فأكثر [(٣)] خلافاً لأبي حنيفة [(٤)] ، والشافعي [(٥)] في قولهما أنه يكون مدركاً لها

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٥٦ ، الرسالة ص ١٣٣ .

(٢) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ ، وأكمل النقص بما يقتضيه السياق .

(٣) انظر : المدونة : ١/٩٣ ، التفريع : ١/ ٢٢٠ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤ ، المبسوط : ١/١٥٤ - ١٥٥ .

(٥) الشافعي في أحد قوليه (انظر مختصر المزني ١٢ ، روضة الطالبين : ١/١٨٩) .

بإدراك جزء من الوقت ولو بقدر تكبيرة الإحرام ، فدليله قوله صلى الله عليه وسلم : « من أدرك من العصر ركعة قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح » (١) ، فعلق كونه مدركاً للصلاة بإدراك ركعة ، فدل أنه لا يكون مدركاً لها بأقل من ذلك ، ولأنه مدرك لمقدار أقل من ركعة دليله الجمعة .

فصل [٣ - من أدرك ركعة قبل الغروب أدرك العصر وفاته الظهر] :

فأما قولنا : إنه إذا أدرك ركعة قبل غروب الشمس فقد أدرك العصر وفاتته الظهر (٢) ، خلافاً للشافعي في قوله : إنه يكون مدركاً للصلاتين (٣) ، ودليلنا قوله : « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر » (٤) فأخبر عما يدرك بإدراكه ركعة من تلك الصلاة ، فدل على أنه لا يكون مدركاً لغيرها ، وسئل معاذ عن الحائض تطهر قبل غروب الشمس فقال : تصلي العصر هكذا ، كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نعلم نساءنا » (٥) ، ولأن ما قبل غروب الشمس بمقدار أربع ركعات يختص العصر لا يشاركها فيه الظهر بوجه للحاضر ، فإن سلموا ذلك ثبت أن الظهر يفوت لمن لم يدرك إلا وقت العصر لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الأخرى » (٦) ، ولقوله : « وقت الظهر ما لم يدخل وقت العصر » (٧) ، وإن لم يسلموه دللنا

---

(١) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة ، باب : من أدرك العصر ركعة : ١/١٣٩ ، ومسلم في المساجد ، باب : من أدرك ركعة من الصلاة : ١/٤٢٤ .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢٢٠ ، الرسالة ص ١٣٣ .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ١١ ، المجموع : ٣/٦٨ - ٦٩ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) أخرجه الدارقطني : ١/٢٢٢ ، وقال عنه : لم يروه غير محمد بن سعيد وهو متروك ، الحديث .

(٦) وهو من قول ابن عباس : أخرجه ابن أبي شيبة : ١/٥ .

(٧) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : أوقات الصلوات الخمس : ١/٤٢٦ .

عليه بالاتفاق على أن لها وقتاً يخصها وأقله ما يستغرق فعلها ، ولأنه لو كان بكونه مدركاً لركعة من الوقت الآخر من العصر مدركاً للظهر والعصر ، لكان إذا أغمي عليه بعد الزوال بقدر ركعة يلزمه قضاء الظهر والعصر لكونه مدركاً لوقتها وذلك خلاف قولهم .

إذا ثبت ما ذكرناه ، فالاعتبار فيمن ذكرناه بالوقت الذي يعتبر منه إدراكهما قدر خمس ركعات تختلف ، فمنهم من يعتبر بأن يدرك ذلك بعد فراغه من غسله أو وضوئه وما يصلحه من الأمر اللازم له ، وهذا في الحائض تطهر والصبي يبلغ فلو طهرت الحائض وبلغ الصبي لقدر خمس ركعات ، فإلي أن تطهر وتلبس وبقي عليه قدر ركعة كان عليه العصر دون الظهر ، ولو لم يبق من الوقت شيء لم يكن عليه شيء ولا ينظر إلى ما يبقى عليها من وقت انقطاع الدم أو البلوغ ، فأما النصراني يسلم فقال ابن القاسم : يعتبر له الإدراك من وقت إسلامه لا من فراغه من أمره [١] ، وقال غيره : يعتبر بفراغه من طهارته وستر عورته كما يعتبر ذلك في المريض ، لأن بإسلامه قد سقطت المؤاخذة عنه بما كان منه حال كفره .

وحكم المغمى عليه عند مالك حكم الحائض والصبي [٢] ، وأجراه أبو حنيفة مجرى النصراني يسلم [٣] ، في أن الاعتبار بالباقي من الوقت حين الإفاقة والإسلام ، وقول مالك أصح وأرجح ، لأنا إن سوينا بين النصراني وبين الحائض كان المغمى عليه معتبراً بهما ، وإن فرقنا بينهما كان المغمى عليه أشبه بالحائض منه بالنصراني لأنه لا صنع له في إغمائه في ترك الصلاة فيه ، والله أعلم .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٩٢ ، التفريع : ١/ ٢٥٧ .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٩٢ ، التفريع : ١/ ٢٥٧ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤ ، مختصر القدوري : ١/ ١٠١ .

باب [- فى صلاة المسافر]

وللسفر تأثير فى جواز قصر الصلاة فيه لقوله تعالى : ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ [1] ، وقوله ﷺ :« إن الله عز وجل وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة » [2]، ولا خلاف في ذلك[3] .

فصل [الصلوات التي تقصر] :

والصلوات المقصورة هي الرباعية ، وقصرها إلى نصفين ، وما كان منها يسر القراءة فيه أسرت في الباقي منه ، وما كان يجهر في نصفه الأول دون الآخر ، فإنه يجهر فيما يصليه ، والذي يقصر هو ما يسر فيه ، مثل العشاء الآخرة فيصليها مقصورة ركعتين يجهر بالقراءة في كليهما ، والمغرب والصبح لا يدخلان في القصر ولا خلاف في هذا [4] .

فصل [٢ - حكم القصر] :

اختلف أصحابنا في القصر ، هل هو فرض للمسافر أو سُنَّة [5] : فذهب أكثرهم إلى أن فرضه التخيير بين القصر والإتمام إلا أن القصر أفضل وهو سنته ، وهذا نص مالك - في رواية ابن وهب - : أن القصر سُنَّة المسافر [6] ، وذهب آخرون إلى أن القصر فرضه ، وهو قول جماعة من البغداديين [7] ، ووجه القصر أنه صلى الله عليه وسلم كان

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٠١ .

(٢) أخرجه أبو داود في الصيام ، باب : اختيار الفطر : ٢/ ٧٩٧ ، والنسائي في الصيام باب : وضع الصيام على المسافر : ١/ ١٤٩ ، وابن ماجه في الصيام ، باب : الإفطار للحامل والمرضع : ٥٣٣١ ، والترمذي في الصوم ، باب : الرخصة في الإفطار للحبلى ، وقال : حديث حسن : ٣/ ٩٤ .

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر ص ٤٢ ، المغني : ٢/ ٢٥٥ .

(٤) انظر الإجماع ص ٤٣ ، المغني : ٢/ ٢٦٧ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٢٥٨ ، الكاي ص ٦٧ - ٦٨ .

(٦) انظر التفريع : ١/ ٢٥٨ ، الكافي ص ٦٧ - ٦٨ .

(٧) وهو يشير إلى الرواية المرجوحة من مذهب مالك ، وهي أن القصر واجب ، وقد أخذ به جماعة من البغداديين .

يقصر في السفر ولم يتم [1] ، ولأن كل صلاة فرض ردت إلى ركعتين ، فذلك هو الواجب فيها ، أصله الجمعة ، والدليل للقول : أنه سُنَّة قوله تعالى : ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [2] ، وهذا عبارة المباح دون الفرض ، وقال أنس : كنا نسافر مع النبي - عليه الصلاة والسلام - فمنا المقصر ومنا المتمم ، فلا يعيب بعضنا على بعض [3] ، ولأن أصحابنا هؤلاء قد أجازوا للمسافر أن يصلي خلف المقيم ويتم الصلاة ، فلو كان فرضه القصر ما جاز له الإتمام ، كما أن الحاضر لما كان فرضه الإتمام لم يكن له أن يقصر خلف مسافر.

فصـل [٣ - هل للسفر الذي يقصر فيه حد معلوم ؟] :

والسفر الذي يقصر فيه محدود [4] ، خلافاً لداود [5] في قوله : إن القصر في السفر الطويل والقصير ، لأن الأصل الإتمام والقصر رخصة لأجل المشقة ، وسفر الفرسخين والثلاثة لا مشقة فيه ، فكان كالطواف في سكك [6] المدينة ، ولأنه إجماع الصحابة لأنهم اختلفوا في حد السفر الذي يقصر الصلاة فيه ولم يختلفوا في وجوب أصل التحديد [7] .

---

(١) وهذا معلوم من سيرته لمن تتبع الأحاديث والأخبار في أسفاره صلى الله عليه وسلم قال ابن القيم في زاد المعاد (١/ ٤٦٤) : وكان صلى الله عليه وسلم يقصر الرباعية فيصليها ركعتين من حين يخرج مسافراً إلى أن يرجع إلى المدينة ، ولم يثبت عنه أتم الرباعية في سفرة البتة . . . ولكن يدل على أن هذا مجرد فعل منه صلى الله عليه وسلم لا يدل على وجوب القصر غايته أنه سُنَّة .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١٠١ .

(٣) أخرجه البيهقي : ٣/ ١٥٤ ، وفيه عمران التغلبي مختلف فيه ، قال ابن دقيق العيد: لا يحتج بحديثه وذكره ابن حبان في الثقات .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١١٤ ، التفريع : /٢٥٨ ، الرسالة ص ١٣٩ .

(٥) انظر : المحلي : ٥/ ٣ - ٣٤ ، المجموع : ٤/ ٢١٥ .

(٦) السكة : الزقاق ، أو الطريق المصطفة من النخل (المصباح المنير ص ٢٨٢) .

(٧) انظر : المغني : ٢/ ٢٥٦ - ٢٥٧ .

فصـــل [٤ - حد السفر الذي يقصر فيه] :

والظاهر من المذهب أنه ثمانية وأربعون ميلاً [١] ، وقال أبو حنيفة : ثلاثة أيام[٢] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ فعم [٣] ، ولم يخص ، ولأنها مسافة تلحق المشقة في قطعها غالباً فجاز القصر فيها ، أصله مسافة الثلاثة أيام .

فصـــل [٥ - شروط القصر] :

ولا يجوز القصر إلا إذا فارق بلده ولم يقابله شيء منه [٤] ، خلافاً لبعض المتقدمين [٥] في قوله : أنه يقصر إذا نوى السفر وإن كان ببلده ، لقوله : ﴿ وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ [٦] ، والضرب في الأرض لا يكون بالنية ، وإنما يكون بالفعل ، ولأنه إذا كان مسافراً لم يصر مقيماً ، كذلك إذا كان مقيماً لا يكون مسافراً بمجرد النية .

فصـــل [٦ - متى يبدأ القصر] :

وفي المسافة التي يقصر ببلوغه إليها روايتان [٧] : إحداهما أن يفارق بيوت بلده ولا يحاذيه ولا عن يمينه وشماله شيء منها ، والآخر أن يكون من المصر على

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١١٤ ، التفريع : ١/ ٢٥٨ ، الرسالة ص ١٢٩ ، والميل بالكسر - عند العرب : مقدار مدى البصر من الأرض وهو أربعة آلاف ذراع (المصباح المنير ص ٥٨٨) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٣ ، مختصر القدوري : ١/ ١٠٥ .

(٣) أراد بالعموم الإطلاق ، لأن قوله : ﴿ ضربتم ﴾ مطلقة لم تقيد بمسافة ولا مكان ولا زمان ، فاقتضى هذا الظاهر جواز القصر في جميع السفر .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١١٢ ، التفريع : ١/ ٢٥٨ ، الرسالة ص ١٢٩ .

(٥) وهو قول عطاء وسليمان بن موسى أنهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر وغيرهم (المغني : ٢/ ٢٦٠) .

(٦) سورة النساء ، الآية : ١٠١ .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ١١٢ ، التفريع : ١/ ٢٥٨ .

ثلاثة أميال ، فوجه الأولى أنه مفارق لبيوت بلده فأشبه إذا بلغ مسافة ثلاثة أميال، ووجه الثانية : أن ما دون الثلاثة أميال في حكم البلد ، بدليل وجوب النزول منه إلى المصر للجمعة فكان في الحكم كمن لم يفارق البلد .

فصـل [٧ - انتهاء القصر] :

ويقصر حتى يدنوا راجعاً وينتهي إلي حيث جاز له القصر في ابتداء سفره (١)، لأنه ما لم يبلغ ذلك فهو مسافر ، فإذا بلغ صار حاضراً فلم يجز له القصر .

فصـل [٨ - الاستمرار في القصر] :

وله أن يستمر في القصر وإن أقام ببعض البلاد يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام بعزم الإقامة أو بغير عزم ، فأما إن أقام أربعة أيام فأكثر ، فإن كان بعزيمة لم يجز له القصر ، وإن كان بغير عزيمة ونيته أن يقيم ما دام حاجته كافية يوماً أو يومين أو أكثر فله أن يقصر (٢) ، وقال أبو حنيفة : إن نوى الإقامة خمسة عشر يوماً صار مقيماً وإن نوى إقامة دونها لم يكن مقيماً (٣) ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم: « يمكث المهاجر بعد قضاء نسكه ثلاثاً » (٤) ، وقد علم أن المقام بمكة إذ ذاك كانت تحرم على المهاجر ، فلما استثنى الثلاثة دل على أنها ليست بإقامة وإن ما زاد عليها إقامة .

فصـل [٩ - القصر أفضل من الإتمام] :

والقصر أفضل من الإتمام (٥) ، خلافاً للشافعي (٦) ، لأن أكثر الروايات عنه

---

(١) انظر : المدونة : ١/١١٤ ، الرسالة ص ١٣٩ .
(٢) انظر : المدونة : ١/١١٤ - ١١٥ ، التفريع : ١/٢٥٨ - ٢٥٩ ، الرسالة ص ١٣٩ .
(٣) انظر : مختصر القدوري : ١/١٠٦ .
(٤) أخرجه مسلم في الحج ، باب : جواز الإقامة بمكة للمهاجر : ١/٩٨٦ ، وأخرجه البخاري بلفظ قريب منه في مناقب الأنصار ، باب : إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ص ٦٦٤ - ٢٦٧ .
(٥) انظر : المدونة : ١/١١٥ ، التفريع : ١/٢٥٨ .
(٦) انظر : الأم : ١/١٧٩ ، الإقناع ص ٤٨ .

صلى الله عليه أنه كان يقصر [1] ، ولقوله : « خيار عباد الله الذين إذا سافروا قصروا » [2] ، ولأن القصر متفق على جوازه والإتمام مختلف فيه ، فكان ما اتفق عليه أولى بالفضيلة .

فصل [١٠ - ابتداء القصر من حين العزم على السفر] :

ومن عزم على سفر بريدين [3] ، فلما [بلغ] [4] إليهما عزم على تمام الأربعة البرد لم يقصر لأنه لم يحصل منه عزم على الحد الذي تقصر فيه الصلاة لأن [. . . . .] [5] منفرد بعزمه ، ولكن يقصر في رجوعه لأنه عازم على سفر المسافة التي تقصر فيها [6] .

فصل [١١ - من صلى صلاة سفر ثم عزم على الإقامة] :

إذا صلى المسافر في سفره صلاة سفر ، ثم عزم على الإقامة فلا إعادة عليه [7] لأنها أديت على ما لزم من فعلها فلم يجب إعادتها بتغير حال المصلي بعد قضائها، كالمريض يصلي جالساً ثم يصح بعد الفراغ ، والعادم للماء يصلي بالتيمم ثم يصيبه بعد الفراغ .

فصل [١٢ - من غير نيته من قصر إلى إقامة في الصلاة] :

وإن افتتحها بنية القصر ثم عزم على الإقامة قبل الفراغ منها جعلها نافلة إن كان قد صلى منها ركعة ثم استأنف صلاة مقيم ، لأنه إن لم يفعل ذلك حصل منه أن المقيم يصلي صلاة مقصورة ، أو يبني على صلاة سفر ونقل النية مكروه ، فإن أتمها أجزاه [8] .

---

(١) كما سبق بيانه ص ٢٦٧ - ٢٦٨ .

(٢) أخرجه الشافعي عن سعيد بن المسيب مرسلاً (الأم : ١/١٧٩) ، وأبو حاتم في العلل (الهداية : ٣/٣٤٥) .

(٣) البريد في اللغة : الرسول ، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثنا عشر ميلاً (المصباح المنير ص ٤٣) .

(٤) ، (٥) ما بين معقوفتين مطموسة .

(٦) انظر : المدونة : ١/١١٣ ، التفريع : ١/٢٥٨ .

(٧) انظر : التفريع : ١/٢٥٩ ، الكافي ص ٦٧ - ٦٨ .

(٨) انظر : المدونة : ١/١١٦ ، التفريع : ١/٢٥٩ ، الكافي ص ٦٨ .

باب [في قضاء الفوائت]

الترتيب في قضاء الفوائت [1] واجب بالذكر ساقط بالنسيان في الخمس فدونهن ، ولا يُستحق فيما زاد عليهن ، فإذا كان المتروك صلاة واحدة أو اثنتين إلى خمس فذكرها وقد حضر وقت صلاة أتى بالفوائت ، وإن فات وقت الحاضرة [2] ، خلافاً للشافعي في قوله : إن الترتيب في القضاء [3] غير واجب، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » [4] ، وقوله : « لا صلاة لمن عليه صلاة » [5] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم حبس يوم الخندق حتى فاتته الظهر والعصر والمغرب ، فلما نزل صلاها على الترتيب [6] .

فصل [١ - البدء بالفائتة وإن خيف فوت الحاضرة] :

وإنما قلنا : أنه يبدأ بالفائتة وإن خاف فوات الحاضرة خلافاً لأبي حنيفة [7] ،

---

(١) المقصود بالفوائت : الصلوات التي فات وقتها ولم يصلها .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٢٣ ، التفريع : ١/٢٥٣ ، الكافي ص ٥٥ .

(٣) انظر : الأم : ١/٧٨ ، مختصر المزني ص ٢٠ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢٤٣) .

(٥) ذكره ابن الجوزي في العلل بإسناده عن إبراهيم الحربي ، قال : سئل أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال : لا أعرف هذا ، وقال الشيخ : في الإمام ما عرفنا أصلاً (نصب الراية : ٢/١٦٦) .

(٦) أخرجه النسائي في الصلاة ، باب : كيف يقضي الفائت من الصلاة : ١/٢٣٩ ، الترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء الرجل تفوته الصلوات بأيتهن يبدأ : ١/٣٣٧ ، وهو منقطع لكنه يعتضد بأحاديث أخرى صحيحة .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩ .

وابن وهب [1] ، ومحمد بن عبد الحكم [2] ، لقوله : (صلى الله عليه وسلم: من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » [3] ، ولأن كل ترتيب وجب مع سعة الوقت وجب مع ضيقه ، أصله الأركان .

فصل [٢ - من دخل في الحاضرة ثم ذكر الفائتة] :

إن دخل في الحاضرة ثم ذكر الفائتة بطلت عليه وعلى من خلفه ، وقيل : تبطل عليه ولا تبطل على من خلفه كالحدث [4] ، فوجه الأول : أن الترتيب هو نفس [الصلاة] [5] أو شرط لا يتصور انقطاعه عنها ، فكان متعدياً إلى فساد صلاة المأموم اعتباراً بنسيان تكبيرة الإحرام والقراءة ، ويفارق نسيان الطهارة لأنها ذكر منفصل عن الصلاة غير مرتبط بفعلها ، ووجه الثاني : اعتباره بالحدث بعلة أنه معنى يفسد الصلاة ، أو ذكرها قبل الدخول فيها لم يجز ابتداؤها معه فلم تتعد إلى صلاة المأموم .

فصل [٣ - من نسي الصبح ثم ذكرها عند الغروب بعد أن صلى الظهر والعصر] :

ومن نسي الصبح ثم صلى بعدها الظهر والعصر ثم ذكرها عند الغروب أتى بالصبح [6] ، لأنها قد تعلقت بذمته واستحببنا له إعادة الظهر والعصر لأجل الترتيب ، فإن لم يفعل فلا شيء عليه لأن الترتيب مشترط بالذكر ساقط بالنسيان

---

(١) انظر : الكافي ص ٥٣ - ٥٤ .

(٢) **محمد بن عبد الحكم** : هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، سمع من أبيه وأشهب وابن القاسم وابن وهب ، وروي عنه : أبو بكر النيسابوري وأبو حاتم الرازي وأبو جعفر الطبري ، كان فقيه مصر من آثاره : أحكام القرآن (ت ٢٨٢ هـ) (ترتب المدارك : ٣/ ٦٢) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢٤٣) .

(٤) انظر : المدونة : ١/١٢٢ - ١٢٥ ، التفريع : ١/٢٥٣ ، الكافي ص ٥٥ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٦) انظر : المدونة : ١/١٢٣ - ١٢٤ ، التفريع : ١/٢٥٣ ، الكافي ص ٥٥ .

وإن ذكرها بعد فوات وقت ما صلى بعد نسيانها أتى بالمنسية وحدها ولم يعد ما فات وقته بعدها لأنه أداها وقت وجوبها من غير أن يكون على علم بأن عليه صلاة قبلها .

فصل [٤ - صفة قضاء المنسيات] :

ويقضي المنسيات على الصفة التي يؤديها من فروضها وسننها من أركان الأفعال والأقوال [1] ، كقوله صلى الله عليه وسلم : « فليصلها إذا ذكرها » [2] ، وهذا إشارة إلى الصلاة المتروكة ، ولأن القضاء في معنى الأداء لا فرق بينهما إلا أن أحدهما يفعل مع بقاء الوقت والآخر بعد فواته ، ولأنه لو كان يأتي بها على خلاف تلك الصفة لكان مستأنفاً لصلاة أخرى ولم يكن قاضياً ، ولأنه فعل لصلاة يسقطه فرضها ، فوجب أن تكون على ما تلزمه في الأصل دليله الأداء .

فصل [٥ - من نسي صلاة ولم يدر أي صلاة هي] :

إذا نسي صلاة واحدة ولم يدر أي الصلاة هي ، صلى خمس صلوات ليكون مسقطاً للفرض عن ذمته بيقين ، لأنه إن صلى دون الخمس جاز أن يكون المتروك هي المنسية ، فإن عرفها ولم يذكر من أي يوم هي لم يضر ذلك وأتى بها ناوياً بها أنها التي عليه ، فإن نسي صلاتين متواليتين من يوم وليلة لا يدري الليل قبل النهار أم النهار قبل الليل صلى ست صلوات يبدأ بأي الصلوات شاء ، ثم يسدس بالتي بدأها ، ويختار له البداية بالظهر استحباباً ، وذلك أنه إن كان نسي الظهر والعصر فقد أتى بها مرتين وما بعدها لغو ، وكذلك إن كان الذي نسي العصر والمغرب أو المغرب والعشاء أو العشاء والفجر أو الفجر والظهر [3] ،

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٢٣ ، التفريع : ١/٢٥٤ ، الرسالة ص ١٣١ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢٤٣) .

(٣) انظر في جملة هذه الأحكام : التفريع : ١/٢٥٥ ، المقدمات : ١/٢٠٤ - ٢٠٥ ، الكافي ص ٥٥ .

وإنما قلنا : يعيد التي بدأ بها [حتى] [1] تكون المنتهية هي التي صلاها آخراً مع التي بدأ بها فيكون قدم الآخرة على الأولى ، فإن نسي ثلاثاً مرتبات على الشرط الذي ذكرناه قضي سبعاً يسدس بالأولى ويسبع بالثانية ، وإن كان المنسيات أربعاً قضى ثمان صلوات يسدس بالأولى ويسبع بالثانية ويثمن بالثالثة ، وإن كن المنسيات خمساً صلى تسعاً على هذا الترتيب ، وإنما قلنا : أنه يختار له البداية بالظهر لأنها أول الصلاة صلاها جبريل بالنبي ﷺ في حديث بيان المواقيت [2] .

* * *

(١) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ .

(٢) انظر الحديث في الصفحة ١٩٥ .

باب [المشي إلى الفرج في الصلاة]

لا بأس بالمشي إلى الفرج في الصلاة ، ومن افتتح الصلاة ثم رأى فرجة بين يديه أو إلى جنبه مشى إليها إن كانت قريبة ، وكذلك بعد ركعة أو ركعتين [١] ، وأقل ما فيه أن تسوية الصفوف وسد الخلل مأمور به مندوب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم : « راموا الصفوف .. ، اعدلوا صفوفكم فإني أراكم من وراء ظهري » [٢] ، وكذلك ينبغي أن تضم الصفوف ، فإن كان بعضها ناقصاً جعل الصف [الذي به نقصان] [٣] في المؤخر [٤] .

فصـل [١ - القهقهة في الصلاة] :

ومن قهقه في الصلاة أعادها [٥] لأن الضحك مفسد للصلاة لأنه من جنس الكلام وهو أغلظ منه إذا لم يجز في الصلاة شيء منه على وجه ، ولا وضوء على الضاحك في صلاته [٦] اعتباراً بالضحك في غير صلاته ، ولأن ما ينقض الطهارة لا يختلف حكمه إذا وجد في الصلاة أو خارجها كسائر الأحداث ،

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٠ ، الكافي ص ٦٦ .

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : تسوية الصفوف عند الإقامة وبعدها : ١/ ١٧٦ ، وأقرب منه للدلالة على تسوية الصفوف وسد الخلل ما أخرجه أبو داود عن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : « أقيموا الصفوف وحاذوا بين المناكب وسدوا الخلل .. » في كتاب الصلاة ، باب : تسوية الصفوف : ١/ ٤٣٣ .

(٣) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٤) وهو يشير إلى الحديث الذي أخرجه أبو داود فيما رواه أنس : أن رسول الله ﷺ قال : « أتموا الصف المقدم ، ثم الذي يليه ، فما كان من نقص فليكن في الصف المؤخر » ١/ ٤٣٥ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٩٨ ، التفريع : ١/ ٢٦٠ ، الرسالة ص ١٣٢ .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ١٩٦ ، الرسالة ص ١٣٢ .

والتبسم غير مفسد للصلاة [١] ، لأنه يسير لا يمكن الاحتراز منه ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال : « من قهقه في الصلاة أعادها » [٢] ، فدل أن ما دون ذلك لا تعاد منه ، وقيل : يسجد له لأنه سير من جنس الكلام لا يمكن التحرز منه ، وقال ابن عبد الحكم : يسجد له بعد السلام لأنه زيادة ، وقال أشهب [٣] : قبله[٤] لأنه نقص للخشوع ، وقول ابن عبد الحكم أصح لأن الاعتبار بنقص الأفعال والأقوال دون الاعتدال .

فصـل [٢ - متى يقوم المسبوق لقضاء ما فاته] :

ومن أدرك بعض صلاة الإمام لم يقم للقضاء إلا بعد فراغ الإمام من الصلاة[٥] لأن وقت القضاء هو بعد الفراغ من الإدراك ولوجوب اتباع الإمام .

فصـل [٣ - ما يدرك من الصلاة] :

وما أدرك من الصلاة فهو آخرها وما فاته فهو أولها ، هذا هو المشهور [٦] ، وروي ابن نافع [٧] : أن ما أدرك أولهما وما يقضيه آخرها ، وفائدة [٨] ذلك أن

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٩٨ ، التفريع : ١/ ٢٦٠ ، الرسالة ص ١٣٢ .

(٢) أخرجه الدارقطني : ١/ ١٦٤ ، والطبراني في الكبير من طرق مختلفة لا تخلو من مقال لها (يراجع نصب الراية : ١/ ٤٧ - ٥٤) .

(٣) **أشهب** : ابن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي العامري الجعدي ، روي عن مالك والليث وغيرهما ، وروي عنه : الحارث بن مسكين ، وسحنون بن سعيد ، انتهت إليه رئاسة المذهب بعد وفاة ابن القاسم (ت ٢٠٣ هـ) (الديباج : ١/ ٣٠٧ ، ترتيب المدارك : ٢/ ٤٤٧) .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٠ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٩٥ ، التفريع : ١/ ٢٦١ .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٩٦ ، التفريع : ١/ ٢٦١ .

(٧) **ابن نافع** : أبو محمد عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم ، المعروف بالصائغ من أصحاب مالك ، وهو أحد أئمة الفتوى بالمدينة له تفسير في الموطأ وروايته في المدونة نفيسة (ت ١٨٦ هـ) بالمدينة (ترتيب المدارك : ٣/ ١٢٨ ، الديباج : ١/ ٤٠٩) .

(٨) أي وفائدة الخلاف في هذه المسألة .

على الرواية الأولى يأتي بالقضاء كما أتى به الإمام : إن فاتته ركعة واحدة قضاها بأُم القرآن وسورة وجهر فيها إن كانت مما يجهر فيه ، وإن فاتته ركعتان قضى كل واحدة بأُم القرآن وسورة وإن فاتته ثلاث ركعات قضى الثالثة بأُم القرآن وحدها سراً ، وعلى رواية ابن نافع يأتي بالقضاء ، كما أتى الإمام بآخر الصلاة ، فوجه الرواية المشهورة قوله صلى الله عليه وسلم : « ما فاتكم فاقضوا » [1] ، والذي فاته أول الصلاة والقضاء هو أن يأتي بمثل المقضي ، ولأنه لو أدرك أول صلاة الإمام لكانت أول صلاته ، فإذا أدرك آخرها وجب أن يكون آخر صلاته ، ولأنه فعل مع الإمام آخر صلاة الإمام ، فكان ذلك آخر صلاة لنفسه ، أصله إذا أدرك جميع الصلاة ، ووجه الآخر قوله : « وما فاتكم فأتموا » [2] ، والإتمام هو أن يأتي ببقية الشيء اعتباراً بالمفرد ، ولأنه لو كان ما يقضيه أول صلاته لوجب إذا أدرك الإمام في الركعة الآخرة من المغرب ألا يقعد للتشهد في الركعتين التي يقضيها مرتين .

فصل [٤ - النافلة في السفينة] :

ولا يتنفل في السفينة إلا إلى القِبْلة إذا أمكنه بخلاف الراكب [3] ، فإن لم يتمكن جاز [4] .

* * *

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : السعي إلى الصلاة : ١/٣٨٦ ، والنسائي في الإقامة ، باب : السعي إلى الصلاة : ٢/٨٨ ، وأحمد : ٢/ ٢٧٠ ، وصحّحه ابن حبان .

(٢) أخرجه البخاري في الأذان ، باب : لا يُسعى إلى الصلاة : ١/١٥٦ ، ومسلم في المساجد ، باب : استحباب إتيان الصلاة بوقار : ١/ ٤٢٠ .

(٣) يعني الراكب على الدابة لا يمكنه التوجه إلى القِبْلة حال السير .

(٤) انظر : المدونة : ١/١١٧ - ١١٨ ، التفريع : ١/ ٢٦١ .

باب [كيفية صلاة العاجز]

والمريض إذا عجز عن القيام صلى جالساً متربعاً يركع ويسجد إن قدر وإلا أومأ[1] ، ويثنى رجله إن قدر وإن لم يقدر أومأ متربعاً [2] ، وإن عجز اضطجع[3] على جنبه الأيمن واستقبل القِبْلة ، فإن لم يقدر فعلى ظهره ولا يسقط عنه ما يقدر عليه لعجزه عن غيره [4] .

وإذا قلنا : إنه إذا عجز عن القيام صلى جالساً لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ فاذكروا الله قياماً وقعوداً وعلى جنوبكم ﴾ [5] ، وقال ابن مسعود وغيره : نزلت في المريض لا يقدر على القيام ، رخص له أن يصلي قاعداً أو قائماً [6] ، « ولأنه صلي الله عليه وسلم صلى جالساً وصلى على شقه الأيمن » [7] ، وكذلك في مرضه الذي مات فيه ، وروي عن عمران بن حصين قال : كان بي الناصور [8] فسألت النبي ﷺ فقال : « صلِّ قائماً فإن لم تستطع فقاعداً ، فإن لم تستطع

---

(١) أومأ : يقال : أومأت إليه : أشرت (الصحاح : ١/ ٨٢) .

(٢) التربع : هو الجلوس المعروف لأن صاحب هذه الجلسة قد ربع نفسه كما يربع الشيء إذا جعل أربعاً والأربع هنا الساقان والفخذان ، ربَّعها بمعنى أدخل بعضها تحت بعض (المطلع ص ٨٥) .

(٣) اضطجع : أي وضع جنبه بالأرض (الصحاح : ١/ ١٢٤٨) .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٧٧-٧٩ ، التفريع : ١/ ٢٦٤ ، الرسالة ص ١٣٤ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ١٠٣ .

(٦) انظر : تفسير القرطبي : ٥/ ٣٧٤ .

(٧) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : استخلاف الإمام إذا عرض له عذر من مرض وسفر وغيرهما من يصلي بالناس . . . : ١/ ٣١١ .

(٨) الناصور : علَّة تحدث في البدن من المقعدة وغيرها بمادة خبيثة الفم يعسر برؤها (المصباح المنير ص ٦٠٨) .

فعلى جنبك » [1] ، وإنما اخترنا له أن يثني رجليه للسجود لأنه إذا قدر على شيء من بنية الصلاة حال الصحة لم تسقط عنه للعجز عما لا يقدر عليه ، وإنما قلنا متربعاً ليفصل بين قعوده الذي هو بدل من القيام وبين قعوده الأصلي للتشهد ، وإذا احتاج إلى الفصل فليس في هيئة الجلوس أشد تمكناً ووقاراً من التربع ، وإنما قلنا : يكون سجوده أخفض من ركوعه لأنه صلى الله عليه وسلم عاد مريضاً فرآه يصلي على وسادة فرمى بها وقال : « صلِّ بالأرض إن استطعت وإلا فأومئ إيماء واجعل سجودك أخفض من ركوعك » [2] ، ولأن السجود لما كان في الفعل أخفض من الركوع ، فكذلك في بدله الذي هو الإيماء ، وإنما قلنا : إنه إذا عجز عن القعود اضطجع على جنبه الأيمن لقوله صلى الله عليه وسلم : « صلِّ قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنبك [3] ، ولأن التيامن من مندوب الله في الشرع وسائر وجوه القرب ، فإن لم يقدر فعلى ظهره مستقبل القِبْلة لأنه لا يمكن غيره ، وقال ابن المواز [4] : على جنبه الأيسر ، ووجهه أن التوجيه على الجنب أقرب إلى الاستقبال من أن يكون على الظهر .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في تقصير الصلاة ، باب : من لم يطق الصلاة قاعداً صلي على جنبه : ٢/ ٤١ .

(٢) أخرجه البزار والبيهقي في المعرفة وأبو يعلى الموصلي في مسنده ، وقال الهيثمي في الزوائد (٢/ ١٥١) : رجال البزار رجال الصحيح ، وأخرجه الطبراني في معجمه (انظر نصب الراية : ٢/ ١٧٥) .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) ابن المواز : أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندراني تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم ، له كتاب مشهور بـ « الموازية » ، روي عنه : ابن قيس ، وابن أبي مطر، والقاضي أبو الحسن الإسكندراني . (ت ٢٦٩ هـ) (ترتيب المدارك : ٤/ ١٦٧ ، الديباج : ٢/ ١٦٦) .

باب [الحدث في الصلاة]

ومن أحدث [1] في صلاته بطلت ولزمه استئنافها ، ولم يجز له البناء عليها كان عمداً أو سهواً أو غلبة [2] ، فأما العمد فلا خلاف فيه ، ذاكراً للصلاة أو ناسياً ، وأما الغلبة فخلافاً لأبي حنيفة [3] في قوله : إنه يبني ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الشيطان ينفخ بين فخذي أحدكم في الصلاة حتى يخيل إليه أنه قد أحدث فلا تنصرفوا » [4] ، وروي : « فلا يخرج من صلاته حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » [5] ، ولأنه حدث وجد في خلال الصلاة فأشبه العمد .

فصل [١ - الرعاف في الصلاة] :

ومن رعف [6] في الصلاة خرج فغسل في أقرب المواضع إليه ثم [بنى] [7] إن كان قد عقد ركعة بسجدتيها ، وهذا إذا كان الدم كثيراً ، فإن كان يسيراً يمكنه فتله بأصابعه مضى في الصلاة [8] ، وقال الشافعي : إذا خرج فغسل الدم ابتدأ الصلاة [9] ، ودليلنا أن ذلك مروي عن عليّ وابن عباس وابن عمر [10] ولا

---

(١) الحدث : هو الخارج المعتاد من المخرج المعتاد في الصحة من ريح وغائط وبول ومذي وودي ومني بغير لذة معتادة (الشرح الصغير : ١/ ٤٩) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٠١ ، الموطأ: ١/ ٣٩ ، الرسالة ص ١٣٥ ، الكافي ص ٥٢.

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٢ ، مختصر القدوري : ١/ ٨٤ .

(٤) ، (٥) أخرجه البخاري في الوضوء ، باب : لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن : ١/ ٤٣ ، ومسلم في الحيض ، باب : الدليل على أن من تيقن الطهارة . . : ١/ ٢٧٦ .

(٦) الرعاف : أصل الرعاف السبق ، فسمي الدم السابق - الخارج - من الأنف رعافاً (غرر المقالة ص ١٣٥) .

(٧) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ ، وتم إكمال النص من السياق .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ٤١ ، التفريع : ١/ ٢٦٥ ، الرسالة ص ١٣٥ .

(٩) انظر : الإقناع ص ٤٥ .

(١٠) انظر : الموطأ : ١/ ٣٩ .

مخالف لهم ، ولأن الضرورة تدعو إليه بدليل جواز الصلاة مع يسير الدم يجده [في ثوبه . . . .] [١] ، وإنما شرطنا أن يكون في أقرب المواضع إليه لأن ما زاد عليه عمل متعمد في الصلاة مستغنى عنه ، وذلك مفسد لها ، ولأن البناء على الرعاف وليس بقياس ، ولا يجوز منه إلا قدر ما اتفق عليه ودعت الضرورة إليه ، وإنما شرطنا أن يكون قد صلى ركعة بسجدتيها لأن ما دون ذلك لا حكم له في البناء والإدراك .

فصـل [٢ - حكم ما إذا كان الراعف منفرداً] :

واختلف في الراعف وحده فقيل : يبني ، وقيل : يبتديء [٢] ، فإذا قلنا : يبني فاعتباراً بالمأموم ، وإذا قلنا : يبتديء فلأن المأموم مضطر إلى ذلك لاتباع الإمام ولحوق الفرض في الجماعة ، والمنفرد بخلافه .

فصـل [٣ - رجوع الراعف طمعاً في إدراك الصلاة] :

وإنما يرجع إذا طمع أنه يدرك مع الإمام بقية الصلاة ليتم الصلاة على الوجه الذي ابتدأها من الجماعة ، وإن لم يطمع في إدراكها أتمها في موضع غسل الدم أو في أقرب المواضع إليه ، ليسلم من أن يزيد في الصلاة عملاً من غير حاجة ، هذا في غير الجمعة ، فأما في الجمعة فلا بد من عوده إلى الجامع أدرك الإمام أو لم يدركه ، ولأنها لا تكون إلا في المسجد أو ما هو في حكمه ، فلذلك رجع إليه لأجل موافقة الإمام [٣] .

فصـل [٤ - من دام به الرعاف] :

ومن دام به الرعاف فلم ينقطع أومأ إلى السجود وأتى بالقيام والركوع [٤] ، لأن هذا عذر سوغ معه الإيماء كعذر المريض .

---

(١) ما بين معقوفتين مطموسة في جميع النسخ .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٤٢ ، ٤٣ ، المقدمات : ١/ ١٠٥ ، فلقد ذهب ابن حبيب إلى أنه لا يبني الفذ ، وقال محمد بن مسلمة : يبنى .

(٣) انظر في جملة هذه الأحكام : المدونة : ١/ ٤١ - ٤٣ ، التفريع : ١/ ٢٦٥ - ٢٦٦، الرسالة ص ١٣٥ .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٥ ، المقدمات : ١/ ١٠٣ .

باب [مواضع سجود القرآن]

عزائم [1] سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس في المفصل [2] منها شيء وتفصيلها : الأولى : خاتمة الأعراف : ﴿ ويسبحونه وله يسجدون ﴾ [3] ، وهذه لا اختلاف فيها [4] ، والثانية : في الرعد قوله : ﴿ وظلالهم بالغدو والآصال﴾[5] ، والثالثة : في النحل عند قوله : ﴿ ويفعلون ما يؤمرون ﴾ [6] ، والرابعة : في بني إسرائيل عند قوله : ﴿ ويزيدهم خشوعاً ﴾ [7] ، والخامسة في مريم عند قوله : ﴿ خروا سجداً وبكياً ﴾ [8] ، والسادسة : أول الحج عند قوله: ﴿ إن الله يفعل ما يشاء ﴾ [9] ، فأما آخرها عند قوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا ﴾ [10] ، فليست بعزيمة [11] ، خلافاً للشافعي [12] ، لأن هذا هو السجود الذي من يقين الصلاة ، وذلك لا يقتضي أن يسجد له سجود تلاوة كقوله : ﴿ اسجدي واركعي مع الراكعين ﴾ [13] ، والسابعة في

---

(١) العزائم : الأوامر وعزائم السجود : ما أمر بالسجود فيها (المصباح ص ٤٠٨) .

(٢) المفصل : من الحجرات أو سورة ق أو الزخرف أو من الشورى أو الجاثية أو النجم أقوال ، وسمي بذلك لكثرة فواصله ، وقيل : لأنه محكم كله (تنوير المقالة : ٢/ ٣٨٨).

(٣) سورة الأعراف ، الآية : ٢٠٦ .

(٤) المغني : ١/ ٦١٩ .

(٥) سورة الرعد ، الآية : ١٥ .

(٦) سورة النحل ، الآية : ٥٠ .

(٧) سورة الإسراء ، الآية : ١٠٩ .

(٨) سورة مريم ، الآية : ٥٨ .

(٩) سورة الحج ، الآية : ١٨ .

(١٠) سورة الحج ، الآية : ٧٧ .

(١١) انظر : التفريع : ١/ ٢٧٠ ، الرسالة ص ١٣٧ .

(١٢) الأم : ١/ ١٣٣ ، ١٣٨ .

(١٣) سورة آل عمران ، الآية : ٤٣ .

الفرقان عند قوله : ﴿ وزادهم نفوراً ﴾ [(١)] ، والثامنة في النمل وأصحابنا سموها الهدهد عند قوله : ﴿ رب العرش العظيم ﴾ [(٢)] ، وقال الشافعي [(٣)] عند قوله ﴿ ويعلم ما تخفون وما تعلنون ﴾ [(٤)] ، وما قلناه أولى لأنه عند تمام الكلام من غير قطع له ، والتاسعة في سجدة لقمان عند قوله : ﴿ وهم لا يستكبرون ﴾ [(٥)] والعاشرة في (سورة ص) عند قوله : ﴿ وخر راكعاً وأناب ﴾ [(٦)] ، وبعض أصحابنا [(٧)] ، يقول عند قوله : ﴿ حسن مآب ﴾ [(٨)] ، وقال الشافعي [(٩)] : هي سجدة شكر وليست بعزيمة ، ودليلنا ما روي أبو سعيد [(١٠)] : « أن النبي ﷺ قرأ ص وهو على المنبر فلما بلغ السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه »[(١١)] والحادية عشرة في حم السجدة عند قوله : ﴿ إن كنتم إياه تعبدون ﴾ [(١٢)] ، وعند الشافعي [(١٣)] : ﴿ وهم لا يسأمون ﴾ [(١٤)] ، والذي قلناه أحسن عند تمام

---

(١) سورة الفرقان ، الآية : ٦٠ .

(٢) سورة النمل ، الآية : ٢٦ .

(٣) انظر : الأم : ١/ ١٣٤ .

(٤) سورة النمل ، الآية : ٢٥ .

(٥) سورة السجدة ، الآية : ١٥ .

(٦) سورة ص ، الآية : ٢٤ .

(٧) انظر الخرشي على خليل : ١/ ٣٥١ .

(٨) سورة ص ، الآية : ٢٥ .

(٩) انظر : الأم : ١/ ١٣٤ .

(١٠) **أبو سعيد** : هو سعد بن مالك بن سنان بن عبيد الأنصاري ، أبو سعيد الخدري له ولأبيه صحبة ، وروى الكثير ، مات بالمدينة سنة ٦٣ هـ (تقريب التهذيب ص ٢٣٢).

(١١) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : السجود في : ٢/ ١٢٤ ، الحاكم : ٢/ ٤٣٢ وصحّحه وقال : على شرط الشيخين .

(١٢) سورة فصلت ، الآية : ٣٧ .

(١٣) انظر : المهذب : ١/ ٨٥ .

(١٤) سورة فصلت ، الآية : ٣٨ .

الكلام ، وقد ورد ذلك مرفوعاً [١] ، هذه جملة العزائم وقد ذكرنا أنه ليس في المفصل شيء من العزائم [٢] ، وروي ابن وهب عن مالك أنه يسجد فيها [٣] ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي [٤] ، وهي في : والنجم ، والقمر ، والقلم ، ودليلنا : « أن النبي ﷺ سجد في « والنجم » بمكة فلما هاجر إلى المدينة تركها»[٥] .

فصـل [١ - قراءة آية السجود في أوقات النهي] :

واختلف عنه إذا قرأها في الأوقات المنهي عن التنفل فيها: فعنه فيها روايتان[٦]: إحداهما أنه يسجد لأنها متأكدة على سائر النفل ، والآخر أنه لا يسجد ، لأنها نفل فأشبه سائر النوافل .

فصـل [٢ - شرط سجود التلاوة] :

ومن شرطها الطهارة [٧] ، لأنها من جملة الصلوات الشرعية ، ويكبر لها [٨] لما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ كان يقرأ القرآن ، فإذا مر بالسجدة كبر وسجد[٩]

---

(١) فلقد كان عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما وغيرهم يسجدون عند قوله : « تعبدون» انظر المحلي : ١٠٨/٥ ، الجامع لأحكام القرآن - القرطبي : ٢٦٤/١٥ .

(٢) انظر : الموطأ : ٢٠٧/١ ، المدونة : ١٠٥/١ ، الرسالة ص ١٣٧ ، التفريع : ٢٦٤/١٥ .

(٣) انظر : التفريع : ٢٧٠/١ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١٠٢/١ ، الأم : ١٣٣/١ .

(٥) أخرجه البيهقي: ٣١٣/٢ ، والحديث يدور على الحارث بن عبيد أبي قدامة الأيادي البصري ، وقد ضعفه يحي بن معين .

(٦) انظر : المدونة : ١٠٥/١ ، الرسالة ص ١٣٨ ، وفيهما : أنه يسجدها من قرأها بعد الصبح ما لم يسفر وبعد العصر ما لم تصفر الشمس .

(٧) ، (٨) انظر : المدونة : ١٠٦/١ ، التفريع : ٢٧٠/١ ، الرسالة .

(٩) أخرجه البخاري في سجود القرآن ، باب : من سجد سجود القاريء : ٢٣/٢ ، ومسلم في المساجد ، باب : سجود التلاوة : ٤٠٥/١ .

ولأنه سجود شرعي فكان في أوله وفي الرفع منه كسجود الصلاة ، ولا يحتاج إلى سلام منها ، السلام تحليل ولا إحرام لها ألا ترى أن الطواف لما لم يحتج إلى إحرام لم يحتج إلى تحليل .

فصــل [٣ - سجود التلاوة في النفل والفرض] :

ويسجدها من قرأها في صلاة نفل أو فرض [١] ، لأن النبي ﷺ سجدها في الصلاة المكتوبة والنافلة ، وليس بواجب لا في صلاة ولا غيرها خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن السجود فيها واجب [٢] على القاريء والمستمع في الصلاة وغيرها لإجماع الصحابة وهو : « أن عمر رضي الله عنه قرأ سجدة على المنبر فنزل وسجد وسجد الناس معه ثم قرأها في الجمعة الأخرى فتهيأ الناس للسجود فقال : على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء » [٣] ، وذلك بحضرة الصحابة من المهاجرين والأنصار فلم ينكر عليه أحد ، ولأن السجود ركن في الصلاة فلم يجب منفرداً ، أصله القعود للتشهد الآخر .

فصــل [٤ - مواضع الصلاة] :

ولا يصلي في معاطن [٤] الإبل ، ويصلي في مراح الغنم [٥] والبقر [٦] ، لنهي النبي ﷺ [عن الصلاة] [٧] في معاطن الإبل ، وإباحته إياها في

---

(١) تنظر : المدونة : ١/ ١٠٥ - ١٠٦ ، التفريع : ١/ ٢٧٠ ، الرسالة ص ١٣٨ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي : ١/ ١٠٣ .

(٣) أخرجه البخاري في سجود القرآن ، باب : من رأى أن الله عزَّ وجَلَّ لم يوجب السجود : ٢٠/ ٣٤ .

(٤) معاطن الإبل : مواضعها الذي تتنحي إليه إذا شربت الشربة الأولى فتبرك فيه (المصباح المنير ص ٤١٧) .

(٥) مراح الغنم : وهي مرابض الغنم .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٩٠ ، التفريع : ١/٢٦٦ - ٢٦٧ ، الرسالة ص ٨٩ .

(٧) ما بين معقوفتين أضفناه لضرورة ذلك في استقامة لفظ ومعنى الحديث .

مراح الغنم [1] ، وتكره الصلاة في معاطن الإبل لمعان : منها ، ما روي أنها خلقت من جن ، ولا ينبغي أن يصلي بحيث يكون الشيطان ، ومنها أنه كان يستتر بها عند البراز [2] ، ومنها : أن نفورها بخلاف نفور الغنم والبقر ، ومنها: أن الأغلب عليها الوسخ والزفورة [3] ، والبقر والغنم بخلافها ، وتكره الصلاة في المجزرة [4] للنهي عنه ، ولأن النجاسة ظاهرة فيها ، وتكره الصلاة على قارعة الطريق ، للتبذل ، ولأنها لا تخلو من الأبوال وما يجب تنزيه الصلاة عنه، والحمَّام ، وإن كان فيه موضع طاهر جازت الصلاة فيه ، ويكره تعمدها داخله ، وتكره الصلاة في البِيَع [5] والكنائس [6] لأنها مأوى للشياطين ومحل للكفر ، والحضور فيها مكروه في الجملة فضلاً عن الصلاة ، ولأنها لا تخلوا من نجاسة لعلمنا بأنهم يدينون بشرب الخمر وأكل الخنزير ، وتكره الصلاة في المقبرة الجديدة في الجملة للنهي ، ويجوز إن عفت ، وإن كانت عتيقة وفيها نبش فلا يجوز إلا أن يجعل فوقها حصير يحول بينه وبينها ، وهذا في مقابر المسلمين، وأما في مقبرة المشركين فتكره الصلاة فيها جملة بغير تفصيل ، وتكره الصلاة داخل الكعبة عند مالك [7] لأنه يستدبر بعض البيت ، والأولى أن يصلي بحيث يكون جملة البيت تجاهه لا يستدبر شيء منه ، ويجوز فيه النفل ، لاختلاف

---

(1) أخرجه الترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في الصلاة في مرابض الغنم وأعطان الإبل : ٢/ ١٨٠ - ١٨١ ، وقال عنه : حديث حسن صحيح .

(2) البراز : الصحراء البارزة ثم كني به عن النجو كما كني بالغائط ، فقيل : تبرز كما يل تغوط (المصباح المنير ص ٤٤) .

(3) الزفورة : من الزفير وهو اغتراق النفس للشدة وهو أول صوت الحمار (الصحاح ٢/ ٦٧٠) .

(4) في جملة هذه الأحكام (انظر المدونة : ١/ ٩٠ - ٩١ ، التفريع : ١/ ٢٦٧ ، الرسالة ص ٨٩) .

(5) البيع : جمع بيعة وهي معبد اليهود .

(6) الكنائس : هي متعبد اليهود وتطلق على متعبد النصارى (المصباح المنير ص ٥٤٢)

(7) انظر : المدونة : ١/ ٩١ ، التفريع : ١/ ٢٦١ .

الناس في صلاة النبي عليه الصلاة والسلام فيه ، ولأن التنفل قد سمح فيه ما لم يسامح في الفرض ، ولا تجوز عند أصبغ وقوم من أصحابنا البغداديين [١] ، وهو النظر [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره ﴾ [٣] ، فكلفنا استقباله ، فيجب الامتثال وذلك لا يمكن إلا إذا كنا خارجه ، لأن استقبالنا إياه ونحن فيه لا قدرة لنا عليه ، لأنا لو أردنا أن نتركه ولا نستقبله لم يمكن فلم يدخل تحت التكليف ، وإذا كان ذلك لم يكن هو الاستقبال المأمور به.

فصل [٥ - قيام رمضان] :

وقيام رمضان مرغب فيه [٤] لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه » [٥] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قام بأصحابه ثم لم يخرج ، فقال : ما منعني إلا أني خفت أن يفرض عليكم » [٦].

فصل [٦ - عدد ركعات القيام] :

وقدره عندنا ست وثلاثون ركعة [٧] خلافاً للشافعي في قوله : إنه عشرون [٨]

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٩١ ، التفريع : ١/ ٢٦١ ، الكافي ص ٣٩ .

(٢) أي قول أصبغ هو الذي يوافق القياس ويؤيده النظر .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٤٤ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٩٣ ، الرسالة ص ١٦٢ .

(٥) أخرجه البخاري في الإيمان ، باب : تطوع قيام رمضان من الإيمان : ١/ ١٤ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : الترغيب في قيام رمضان : ١/ ٥٢٣ .

(٦) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين ، باب : الترغيب في قيام رمضان وهو التراويح: ١/ ٥٢٤ .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ١٩٣ ، التفريع : ١/ ٢٦٨ ، وفي الرسالة : أن قدره عشرون (١٦٢) .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ٢١ ، الإقناع ص ٤٣ .

ولأن ذلك عمل أهل المدينة المتصل ، وقد قال نافع [1] : لم أدرك الناس إلا وهم يقومون بتسع وثلاثين يوترون منها بثلاث [2] .

فصـل [٧ - الصلاة بين الأشفاع] :

ولا بأس بالصلاة بين الأشفاع [3] : وهي حال جلوس الإمام للاستراحة، لأنه ليس في ذلك خلاف على الإمام، فإن كان الإمام يصلي الصلاة ولا يقطعها للاستراحة لم يجز للمأموم أن يصلي في خلالها لأن في ذلك خلافاً على الإمام.

فصـل [٨ - وقت القيام] :

والقيام بعد صلاة العشاء وقبل الوتر ، فمن دخل المسجد وقد صليت العشاء وشرع في القيام فإنه يبدأ بالعشاء [4] ، لأنه يصلي معهم القيام من بعدها ، ولا يضره أن يصلي المكتوبة والإمام يصلي التراويح لأنه ليس في ذلك خلاف عليه ، لأن الفرض آكد من النفل ، فإذا فرغ دخل معهم فصلى ما لحق .

فصـل [٩ - صلاة النافلة قائماً أو قاعداً] :

ويجوز أن يتنفل الإنسان قائماً وقاعداً [5] ، لأنها غير مستحقة فيه ، فلم يلزمه في أدائها ما يلزمه في المكتوبة ، ويستحب إذا صلاها قاعداً أن يتربع موضع [جلوسه] [6] ، لأنه أشد تمكناً وأزيد في وقار الصلاة كما استحببنا ذلك

---

(١) نافع : هو أبو عبد الله نافع بن سرجسي الديلمي المدني ، مولى عبد الملك بن عمر روي عن مولاه وأبي هريرة وعائشة ، وعنه : بنوه ، والزهري ، ومالك ، والليث ، وأصح الأسانيد : مالك عن نافع عن ابن عمر ، (ت ١١٧ هـ) (التقريب : ٥٥٩) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٩٤ .

(٣) انظر : المدونة : ١/١٩٥ ، التفريع : ١/ ٢٦٩ .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٩ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٧٩ ، التفريع : ١/ ٢٦٤ .

(٦) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ .

للمريض ، وكذلك روي عن النبي ﷺ [1] ، والسلف ، فإذا أراد السجود تهيأ بهيئة السجود كالمريض سواء ، ويستحب له إذا دنى ركوعه أن يقوم فيقرأ بنحو ثلاثين آية وشبهها ثم يركع لأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك ، ولأنه إذا فعل ذلك كان كمن صلى الصلاة من أولها قائماً ، وصلاة القاعد على النصف من صلاة القائم .

فصـل [١٠ - من افتتح الصلاة جالساً ثم قام ، ومن افتتحها قائماً ثم جلس]:

إذا افتتحها جالساً ثم أراد القيام جاز له ، فإن افتتحها قائماً ثم أراد إتمامها جالساً ، قال ابن القاسم : له ذلك ، وقال غيره : ليس له ذلك [2] ، وجه قول ابن القاسم : أنها غير مستحقة عليه إلا على ما يخف عليه ، فلو لم يجز له استدامتها إلا على القيام لكانت كالفرض ، ولأن المعنى الذي ساغ له افتتاحها جالساً مع القدرة على القيام كونها نفلاً غير مستحقة عليه ، وهذا موجود في الاستدامة ، ووجه قول غيره : إنه إذا افتتحها قائماً صار الأداء على هذه الصفة واجباً عليه كوجوب أصلها ، فلا تسقط إلا من عذر . فإذا ثبت ذلك لم يكن له تركه وإن كان في الأصل غير واجب إلا أنه قد صار واجباً بالتزامه له كأصلها ، وليس كذلك إذا افتتحها جالساً ثم قام لأنه قد زاد .

فصـل [١١ - التنفل مثنى مثنى] :

والتنفل مثنى مثنى ليلاً ونهاراً [3] ، خلافاً لأبي حنيفة [4] ، في قوله : إنه في النهار مخير بين ركعتين ركعتين أو أربع أربع أو ست أو ثمان بتسليمة واحدة ، ومَنَعَ الزيادة لقوله صلى الله عليه وسلم : « صلاة الليل مثنى مثنى » [5] ،

---

(١) في الحديث الذي رويناه سابقاً في الصفحة (٢٨٠) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٨٠ .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٣ ، الرسالة ص ١٢٥ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/ ٩١ - ٩٢ .

(٥) أخرجه البخاري في الوتر ، باب : ما جاء في الوتر : ٢/ ١٢ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : صلاة الليل مثنى مثنى : ١/ ٥١٦ .

فقصرها على هذا القدر ، فدل على نفي ما زاد عليه ، ولأنه عدد زائد على عدد الفرائض فأشبه ما زاد على الثمان .

فصـل [١٢ - الجهر في النافلة ليلاً] :

يجوز الجهر في النافلة ليلاً ، واختلف في ذلك نهاراً ، فقيل : جائز ، وقيل : مكروه (١) ، فوجه الجواز [التوسع] (٢) للتنفل ، فجاز أن تؤدي فيه سراً وجهراً كالليل ، ولأنها صفة لأداء القراءة تجوز في الفرض ، فجازت في النفل على الإطلاق أصله [إلا . . . .] (٣) .

هذا في النفل المبتدأ ، فأما في السنن المرتبة المؤقتة فإنها مستقرة على ما ورد به الشرع فيها من إسرار أو جهرٍ ، ووجه الكراهة أن النفل تابع للفرض والقراءة في فرائض النهار سراً ، فكذلك في نفله ، ولأن زمان الفرائض لما انقسم إلى جهر وإخفات فكذلك زمان النفل .

فصـل [١٣ - الإمامة في النافلة] :

الإمامة جائزة في النافلة (٤) ، لأن رسول الله ﷺ قد أم فيها (٥) ، وكذلك السلف بعده ، ولأن الإمامة جائزة في السنن الراتبة ، فكذلك في النوافل .

فصـل [١٤ - الدعاء في الصلاة] :

والدعاء جائز في جميع الصلاة إلا في الركوع (٦) ، والأفضل الاجتهاد فيه في السجود ، وإنما قلنا ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : « أما الركوع فعظموا فيه

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٦٣ ، الرسالة ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٢) ، (٣) ما بين معقوفتين مطموس في جيمع النسخ ، وأكمل النقص من السياق .

(٤) انظر : المدونة : ١/٩٦ ، التفريع : ١/٢٦٣ .

(٥) فقد صلى - صلى الله عليه وسلم - بحذيفة مرة ، وبابن عباس مرة ، وبأنس مره واليتيم مرة ، وأمَّ أصحابه في بيت عتبان مرة ، وأمهم في ليالي رمضان ثلاثاً ، وكل هذه الأخبار صحاح جياد (انظر المغني : ٢/٥٦٧ ، نيل الأوطار : ٣/٥٨) .

(٦) انظر : التفريع : ١/٢٦٦ ، الكافي ص ٤٤ .

الرب ، وأما السجود فاجتهدوا فيه بالدعاء فقمن أن يستجاب لكم »[1] ، وروي « أقرب ما يكون العبد من ربه إذا كان ساجداً فاجتهدوا في الدعاء »[2] .

فصـل [١٥ - الدعاء بكل ما يحتاج إليه] :

ويجوز أن يدعو لكل ما يحتاج إليه ، وكل أمر يجوز أن يدعو به خارج الصلاة[3] ، خلافاً لأبي حنيفة[4] في قوله : إنه لا يدعو إلا بألفاظ القرآن وما قاربها ، لما روي : أن رسول الله ﷺ كان يدعو في صلاته فيقول : « اللّهم انج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام وعياش بن أبي ربيعة والمستضعفين بمكة »[5] ، « اللّهم أشدد وطأتك على مضر واجعلها عليهم سنين كسنين يوسف »[6] ، ولقوله : « وأما السجود فاجتهدوا فيه بالدعاء »[7] ، فلم يفرق ، ولأن كل دعاء جاز أن يدعي به خارج الصلاة جاز أن يدعى به فيها ، أصله : ما ورد به القرآن[8] .

فصـل [١٦ - استخلاف الإمام] :

وإذا أصاب الإمام حدثٌ في صلاته استخلف من يتم بهم[9] ، لأنه لم يتعمد الفساد ، وإنما كان بغلبة فلم يتعمد الفساد إلى صلاة من خلفه ، ولزمه

---

(١) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : النهي عن قراءة القرآن في الركوع والسجود : ٣٤٨/١ ، ومعنى قمن : جدير وحقيق .

(٢) أخرجه مسلم في الصلاة : ١/ ٣٥٠ .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٦٦ ، الكافي ص ٤٤ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٧ .

(٥) أخرجه البخاري في تفسير القرآن ، باب : تفسير آل عمران : ٥/ ١٧١ ، ومسلم في المساجد ، باب : استحباب القنوت : ٤٦٧/١ .

(٦) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : استحباب القنوت : ٧٤٦/١ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) أي من عموم الدعاء وإطلاقه .

(٩) انظر : المدونة : ١/ ١٣٥ ، التفريع : ١/ ٢٣١ .

الاستخلاف لتعذر الائتمام من جهته ، فإن فعل وإلا قدموا لأنفسهم ليتموا الصلاة على ما دخلوه عليه فيها من الجماعة ، فإن لم يفعلوا وصلوا أفراداً جاز إلا في الجمعة [1] ، وإن تقدم رجل منهم ابتداء فأتم بهم جاز لأن ذلك من مصلحة الصلاة كما لو قدموه .

فصل [١٧ - الإمام يصلي من غير طهارة] :

ومن أم غير متطهر فإن كان ساهياً لم يلزم من خلفه إعادة ، وإن كان عامداً لزمتهم الإعادة إذا علموا [2] ، وقال أبو حنيفة : تلزمهم الإعادة في الموضعين [3] وقال الشافعي : لا إعادة عليهم في الموضعين [4] ، فدليلنا على أنه لا إعادة عليهم إذا كان ساهياً ما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كبر ساهياً في صلاة من الصلوات ثم أشار بيده أن امكثوا ثم رجع وعليه أثر ماء » [5] ، ولم يأمرهم بالإعادة ، ولأن بطلان طهارة الإمام على غير التعمد لا يوجب بطلان صلاة المأموم أصله : إذا سبقه الحدث .

فصل [١٨ - دليل لزوم الإعادة على من صلى منهم غير متطهر عامداً] :

ودليلنا على لزوم الإعادة لهم في العمد : أنه فاسق بذلك الفعل فلم يجز الائتمام به ، والأصل فيه أن الائتمام يسقط به ركن عن المأموم هو شرط في صحة الصلاة [6] في حال الانفراد فيسقط عنه بفعل الإمام ، وذلك ما لا يصل إليه المأموم إلا بغالب الظن والبناء على الظاهر ، والعلم بفسقه يمنع ذلك ،

---

(١) لأنه لا بد فيها من الجماعة .

(٢) انظر : الكافي ص ٥٢ .

(٣) انظر : مختصر القدوري : ١/ ٨٣ .

(٤) الأم : ١/ ١٦٧ .

(٥) أخرجه أحمد والبزار والطبراني في الأوسط من حديث عليّ رضي الله عنه ، ومدار طرقه على ابن لهيعة وفيه كلام ، وروي عن أنس ، أخرجه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد : ٢/ ٧١ - ٧٢) .

(٦) يعني الطهارة .

فيجب منع الائتمام به ، فأما الإمام فتلزمه الإعادة في الموضعين لأنه مصلّ على غير طهر .

فصل [١٩ - قيام الإمام بعد سلامه] :

ويستحب للإمام أن يقوم بعد سلامه [١] ، لما روي صهيب [٢] رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا سلم لم يجلس إلا قدر ما يقول : اللّهم أنت السلام ومنك السلام ، تباركت يا ذا الجلال والإكرام » [٣] ، وروي نحوه عن جملة من الصحابة منهم : أبو بكر وعمر وعليّ [٤] ، ومن أصحابنا من يقول : أن هذا في الصلوات التي يتبعها نافلة دون ما لا يتنفل بعده ، والله أعلم .

فصل [٢٠ - المرور بين يدي المصلي] :

ولا يمر أحد بين يدي مصل [٥] ، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وقوله : « لو يعلم المار بين يدي المصلي ما عليه لكان أن يقف أربعين خيراً له» [٦] وقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا كان أحدكم يصلي فلا يدع أحداً يمر بين يديه وليدرأه ما استطاع فإن أبي فليقاتله فإنما هو شيطان » [٧] .

---

(١) التفريع : ١/ ٢٧١ ، الرسالة ص ١٢٨ .

(٢) **صهيب** : بن سنان أبو يحيى الرومي ، أصله من النمر ، يقال : كان اسمه عبد الملك ، وصهيب لقب ، صحابي شهير . مات بالمدينة سنة ثمان وثلاثين في خلافة عليّ ، وقيل قبل ذلك (التقريب ص ٢٧٨) .

(٣) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : استحباب الذكر بعد الصلاة : ١/ ٤١٤ ، والحديث عن ثوبان وليس عن صهيب .

(٤) انظر : عبد الرزاق : ٢/ ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، البيهقي : ٢/ ١٨٢ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٠٩ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ .

(٦) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : إثم المار بين يدي المصلي : ١/ ١٢٩ ، ومسلم في الصلاة ، باب : منع المار بين يدي المصلي (١/ ٣٦٣) .

(٧) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : منع المار بين يدي المصلي : ١/ ٣٦٢ .

فصل [٢١ - دفع المار بين يدي المصلي] :

ويدفع المصلي من نفسه ما يمر بين يديه من دابة أو إنسان دفعاً خفيفاً لا يشغله عن صلاته [١] ، للحديث الذي رويناه ، فإن أبى تركه [٢] ، ولا يتناول أحد من أحد شيئاً بين يدي المصلي لأن ذلك في معنى المرور [٣] .

فصل [٢٢ - قطع الصلاة] :

ولا يقطع الصلاة مرور شيء بين يدي المصلي [٤] ، خلافاً لمن قال يقطعها الحائض والحمار والكلب الأسود [٥] ، لأن المرور بين يديه لا يوجب قطع الصلاة كمرور الطاهر وغيره من الحيوان .

فصل [٢٣ - الصلاة إلى السترة] :

ويستحب له أن يصلي في المواضع التي لا يأمن مرور الناس بين يديه فيها إلى سترة [٦] ، لأنه صلى الله عليه وسلم كان تركز له العنزة [٧] فيصلي إليها [ولأنه يحتاج إليها] [٨] ، حتى يأمن ذلك ، وأقل ما يجزي قدر عظم الذراع في جلة

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الكافي ص ٤٥ .

(٢) وهذا مخالف لما رواه المؤلف من أنه يدرؤه ما استطاع أي يدفعه بكل وسيلة حتى قال: فإن أبي فليقاتله .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٠٩ ، الكافي ص ٤٥ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٠٩ ، الكافي ص ٤٥ .

(٥) المشهور عن الإمام أحمد أن الكلب الأسود يقطع الصلاة (مسائل الإمام أحمد ص ١٠٢) . وفي رواية أخرى عنه أنه يقطعها الكلب الأسود والمرأة والحمار (المغني : ١/ ٢٥٠) .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٠٨ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ .

(٧) العنزة : بالتحريك أطول من العصا وأقصر من الرمح (الصحاح : ٣/ ٨٨٧) . والحديث أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الصلاة إلى العنزة ، ومسلم في الصلاة ، باب : سترة المصلي : ١/ ٣٥٨ .

(٨) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ .

الرمح ونحوه ، لأن ذلك مروي عنه صلى الله عليه وسلم [1] ، وروي مؤخرة الرحل [2] ، لأن ما دون ذلك لا يقع به استتاره للطافته وصغره ، ولهذا قلنا : أنه لا يخط بين يديه خطا لأنه لا يتبين للمجتاز إذ لا شخص له يحول بين المار والمصلي .

فصل [٢٤ - الصلاة إلى البيت دون سترة] :

ولا يحتاج المصلي إلى البيت إلى سترة بينه وبين الطائفين [3] ، لأن الطواف صلاة فهو كمصلي بين يديه صف يصلون ، ولأن البيت [مثابة للجميع] [4] ، فليس لأحد المصليين أولى بالمنع من الآخر .

فصل [٢٥ - سترة الإمام لمن خلفه] :

وإذا نصب الإمام سترة كانت له ولمن خلفه [5] ، لأن المار يعلم أنهم في صلاة فيمتنع من المرور ، لأنه لا يكاد يقع ذلك بين الإمام والصف وإنما يقع بين يدي المصلي إلي الفضاء .

فصل [٢٦ - الصلاة إلى الحِلق والنيام] :

ويكره أن يصلي إلى الحلق والنيام [6] ، لأن الحلق يشغلون قلبه بحديثهم ، والنائم ربما بدت منه عورة أو حدث ، وقد روي : « ولا أصلي إلى نائم ولا محدث » [7] .

---

(١) في الحديث الذي أخرجه مسلم عن ابن عمر في الصلاة ، باب : سترة المصلي : ١/ ٣٥٨ - ٣٥٩ .

(٢) مؤخرة الرحل : الرحل ما يوضع على البعير ليركب عليه مؤخرة الرحل مختلفة في الطول والقصر ، فتارة تكون ذراعاً وتارة تكون أقل (نيل الأوطار : ٣/ ٣) .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٠ .

(٤) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ .

(٥) انظر : التفريع : ١٠/ ٢٣٠ .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الكافي - لابن عبد البر ص ٤٥ .

(٧) أخرجه البيهقي: ٢/ ٢٧٩ ، وقال : هذا أحسن ما روي في هذا الباب وهو مرسل،=

فصـل [٢٧ - استتار الرجل بالمرأة والصبي وغيرهما] :

ويكره استتار الرجل بالمرأة ، لأنه يتذكر منها ما يفسد صلاته أو يشغل قلبه إلا أن يكون ممن يأمن ذلك منها ، ولا بأس به بالصبي إن كان يثبت ولم [يتحرك] [١] ، بحيث لا يؤمن أن يتركه ، وكذلك الاستتار بالبعير جائز وبالبقرة والشاة ، ولا ينبغي ذلك في الخيل والبغال والحمير لأجل انعزالها [٢] .

* * *

= ورواه هشام بن زياد أبو المقدم عن محمد بن كعب وهو متروك ، وأخرج أبو داود حديث قريب منه بلفظ : « لا تصلوا خلف النائم ولا المتحدث » في الصلاة ، باب : الصلاة إلى المتحدثين والنيام : ١/ ٤٤٥ ، وأخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : من صلى بينه وبين القبلة شيء : ١/ ٣٠٨ .

(١) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ وأكمل النقص من السياق .

(٢) انظر في جملة هذه الأحكام : المدونة : ١/ ١٠٨ ، التفريع : ١/ ٢٢٩ - ٢٣٠ .

باب [صلاة الجمعة]

والجمعة [1] فرض على الأعيان [2] ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ [3] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الجمعة على من سمع النداء » [4] ، وقوله : « من تركها ثلاثة متوالية طبع الله على قلبه » [5] ، للإجماع ممن يعتمد على قوله [6] .

فصل [١ - وقت الجمعة] :

ووقتها بعد الزوال [7] ، خلافاً لمن أجازها قبله [8] ، لقوله تعالى : ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ [9] ، « ولأنه صلى الله عليه وسلم : كان يصليها إذا زالت الشمس » [10] ، وعلى ذلك مضى السلف ، ولأنها ظهر فأشبهت الظهر

---

(١) صلاة الجمعة : سميت الجمعة لأنها سبب لاجتماع الناس فيها فكأنها جامعة لهم ، وشرعاً : هي ركعتان تمنعان وجوب الظهر على رأي أو تسقطها على آخر (غرر المقالة ص ١٤١ - الرصاع على ابن عرفة ص ٩٨) .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٤٢ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الرسالة ص ١٤١ .

(٣) سورة الجمعة ، الآية : ٩ .

(٤) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : من تجب عليه الجمعة : ١/ ٦٣٠ ، في إسناده محمد بن سعيد الطائفي وفيه مقال ، وذكر له البيهقي شاهداً بإسناد جيد (٣/ ١٧٣) .

(٥) أخرجه النسائي في الجمعة ، باب : التشديد في التخلف عن الجمعة : ٣/ ٧٣ ، وقال الهيثمي : رواه أحمد : ٣/ ٣٣٢ ، وإسناده حسن (٢/ ١٩٥) .

(٦) انظر : الإجماع ص ٤١ ، المغني : ٢/ ٢٩٥ .

(٧) انظر : المدونة : ١/١٤٩ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الرسالة ص ١٤١ .

(٨) أجازها قبل الزوال الإمام أحمد (انظر مسائل الإمام محمد ص ٢٢٥) .

(٩) سورة الإسراء ، الآية : ٧٨ ، ومعنى دلوك الشمس أي زوالها عن الاستواء .

(١٠) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : وقت الجمعة إذا زالت الشمس : ١/ ٢١٧، ومسلم في الجمعة ، باب : صلاة الجمعة حين تزول الشمس : ٢/ ٥٨٩ .

في كل يوم ، ويدل على أنها هي الظهر أن كل واحدة منهما تسقط بالأخرى وتنوب منابها إذا أديت على شرائطها .

فصل [٢ - المشي إلى الجمعة] :

والمشي إليها أفضل من الركوب [(١)] ، « لأنه صلى الله عليه وسلم كان يمشي إليها » [(٢)] ، ولقوله : « ألا أدلكم على ما يمحو الله به الخطايا ويرفع به الدرجات ، فذكر » ، « وكثرة الخطا إلى المساجد » [(٣)] ، ولأن الفضيلة في الطاعات بكثرة المشاق [(٤)] ، وهذا للقادر على المشي من غير ضرورة تلحقه ، فأما إن منعه طين أو مطر أو بُعد مكان أو كان شيخاً كبيراً أو مريضاً فله أن يركب .

فصل [٣ - شروط وجوب الجمعة] :

وشروط الجمعة خمسة [(٥)] : إمام ومسجد وجماعة وخطبة وموضع استيطان وإقامة ، وإنما قلنا أن الإمام من شرطها لأن النبي ﷺ صلى بأصحابه [(٦)] ، ولأن النداء من سنتها والنداء لا يكون إلا للجماعة والإمام من وصف الجماعة .

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٠ ، مواهب الجليل : ٢/ ١٦٩ .

(٢) الحديث ورد في صلاة العيد أنه كان لا يأتها إلا ماشياً ، أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : في الخروج إلى العيد ماشياً : ١/ ٤١١ ، أحمد : ٢/ ١٣٨ ، أما خروجه إلى الجمعة ماشياً فلم يرد ، وجاء في مصنف ابن أبي شيبة عن سفيان عن إبراهيم بن مهاجر عن إبراهيم قال : كانوا يكرهون الركوب إلى الجمعة والعيدين : ٢/ ١٣٧ .

(٣) أخرجه مسلم في الطهارة ، باب : فضل إسباغ الوضوء على المكاره : ١/ ٢١٩ .

(٤) إن لم تكن المشاق مقصودة بالذات ، وإنما حصلت تبعاً للفعل ، والمشقة نفسها ليست مطلوبة في الشرع إلا عند المعتزلة .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٣٩ - ١٤٢ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الرسالة ص ١٤١ - ١٤٢ .

(٦) هذه الأحاديث مأخوذة من الاستقراء ، وعدم ورود خلافها ، وهذا أمر اتفاقي ليس له مخالف .

فصـل [٤ - دليل اشتراط المسجد في صلاة الجمعة] :

وإنما شرطنا المسجد لأنه صلى الله عليه وسلم صلاها في المسجد [١] ، ولم يصلها إلا فيه وقد قال : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [٢] .

فصـل [٥ - اشتراط الجماعة في الجمعة ولا حد في عددهم معتبر] :

وإنما شرطنا الجماعة لأن الإمام يتضمنها ، وليس لعددهم حد إلا أن يكونوا جمعاً يمكنهم الثواء [٣] في موضع واحد وتتقرى بهم قرية .

فصـل [٦- شروط وجوب الجمعة مطلق العدد وأن يكونوا بالمصر أو القرية]:

وإنما شرطنا العدد ومنعنا إقامتها بالواحد والاثنين وشبههما ، لأنه صلى الله عليه وسلم صلاها في عدد » ، ولأن من شرطها المصر أو القرية لأجل الجمع .

فصـل [٧ - ليس للجمعة عدد معين لا تصح إلا به] :

وإنما لم نقل أن من شرطها الأربعين وأجزناها بما دون ذلك من العدد إذا كانوا بحيث وصفنا ، خلافاً للشافعي [٤] في قوله : إنها لا تقام بأقل من أربعين ، لقوله : « الجمعة على من سمع النداء » [٥] ، وقوله : « الجمعة واجبة في كل قرية وإن لم يكن فيها إلا أربعة » [٦] ، وروي أن أسعد بن زرارة [٧] صلاها

---

(١) هذه الأحاديث مأخوذة من الاستقراء وعدم ورود خلافها ، وهذا أمر اتفاقي ليس له مخالف .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٥) .

(٣) الثواء÷ قال ابن فارس : الثاء والواو والباء كلمة واحدة صحيحة تدل على الإقامة (معجم مقاييس اللغة : ١/ ٣٩٣) .

(٤) انظر الأم : ١/ ١٩٠ ، مختصر المزني ص ٢٦ ، الإقناع ص ٥١ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) أخرجه الدارقطني : ٢/ ٧ ، والحديث مع ضعف رواته منقطع أيضاً (انظر تلخيص الجبير : ٢/ ٥٧) .

(٧) والحديث جاء في أسعد بن زرارة وهو: أسعد بن عدس بن عبيد بن ثعلبة بن غنم=

بالمدينة في بضعة عشر رجلاً حين بايع النبي ﷺ »[1] ، « وصلاها أنس بالبحرين لما بعثه صلى الله عليه وسلم باثنى عشر رجلاً »[2] ، ولأن ما دون الأربعين جماعة يمكنهم الثواء وتتقري بهم قرية فكانوا كأربعين لمن شرط الأربعين، ولا تنفصل من زيادة خمسة أو ستة أو نقصانه عنها .

فصــل [٨ - دليل اشتراط الخطبة في الجمعة] :

وإنما شرطنا الخطبة خلافاً لعبد الملك[3] وداود[4] ، لأنه صلى الله عليه وسلم صلاها بخطبة[5] ، وقد قال : « صلوا كما رأيتموني أصلي »[6] ، ولأنها في الكتاب مجملة وبينها بفعله فوجب اعتبار جميعه ، وقال تعالى : ﴿ وتركوك قائماً ﴾[7] ، فذمهم على ترك الإنصات إليه ، فدل ذلك على كونها شرطاً .

فصــل [٩ - دليل اشتراط الاستيطان في الجمعة] :

وإنما شرطنا الاستيطان للاتفاق على أنها لا تجب على أهل البوادي والمسافرين والذين لا قرار لهم ولا وطن[8] .

= ابن مالك بن النجار لقيب بن النجار من كبراء الصحابة ، وتوفى والنبي ﷺ يبني مسجده قبل بدر (انظر الإصابة : ١/ ٥٠ ، طبقات ابن أسعد : ٣٠/ ٦٠٨) .

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : الجمعة فى القرى : ١/ ٦٤٥ ، وابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : في فرض الجمعة : ١/ ٣٤٣ ، وسنده حسن ، وحسّنه الحافظ في التلخيص : ٢/ ٥٦ ، والعدد الوارد في الحديث أربعون رجلاً .

(٢) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر .

(٣) بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٣/ ٢٧٣ .

(٤) المجموع : ٤/ ٣٨٥ ، ٣٩٤ .

(٥) هذا مأخوذ من الاستقراء من الأحاديث الكثيرة ، ومنها حديث جابر بن سمرة ، قال كان رسول الله ﷺ يخطب قائماً ويجلس بين الخطبتين ويقرأ آيات ويذكر الناس (أخرجه مسلم في الجمعة ، باب : ذكر الخطبتين : ٢/ ٥٨٩) .

(٦) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٢١٥) .

(٧) سورة الجمعة ، الآية : ١١ .

(٨) الإجماع ص ٤١ ، المغني : ١/ ٣٢٩ .

فصـل [١٠ - وجوب الجمعة على أهل القرى والأمصار] :

وإنما سوينا بين المصر والقرى الصغار والكبار في وجوب الجمعة على أهلها إذا كانت القرية من البنيان واجتماع الناس فيها على صفة يمكن الإقامة والاستيطان فيها ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنها لا تجب على أهل القرى ولا تجب إلا في مصر [١] ، لقوله عليه السلام : « الجمعة على كل مسلم » [٢] ، وروي : « الجمعة في كل قرية وإن لم يكن فيها إلا أربعة » [٣] ، والمقصود من هذا ضرب المثل أن صغرها لا يمنع إقامة الجمعة بها ، وروي ابن عباس : « أن أول جمعة جمعت في الإسلام بعد جمعة جمعت في مسجد رسول الله ﷺ في قرية يقال لها جواثاً من قرى البحرين » [٤] ، ولأنها إقامة صلاة فلم يكن من شرطها المصر كسائر الصلاوات ، واعتباراً بالمصر بعلة أنه موضع بني للإقامة والاستيطان، وكون أهله عدداً ينعقد بهم الجمعة .

فصـل [١١ - وجوب الجمعة على من كان خارجاً عن المصر على ثلاثة أميال]

ويجب على كل من كان خارجاً عن المصر السعي إليها إذا كان من المصر على ثلاثة أميال أو ما قاربها [٥] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا يلزم من كان خارجاً من المصر المجيء إليها ، قربت مسافته أو بعدت [٦] ، لقوله تعالى : ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ [٧] فعم ، وقوله صلى

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٣٥ ، مختصر القدوري : ١/١٠٩ - ١١٠ .

(٢) أخرجه النسائي في الجمعة ، باب : التشديد في التخلف عن الجمعة : ٣/٧٣ ، بلفظ : « رواح الجمعة واجب على كل محتلم » وإسناده صحيح (نصب الراية : ٢/١٩٨).

(٣) سبق تخريجه قريباً (٣٠٠) .

(٤) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : في القرى والمدن : ١/٢١٥ .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٤٢ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الرسالة ص ١٤١ .

(٦) النظر : مختصر الطحاوي ص ٣٥ ، مختصر القدوري : ١/١٠٩ .

(٧) سورة الجمعة ، الآية : ٩ .

الله عليه وسلم : « الجمعة على من سمع النداء » (١) ، ولأنه صحيح لو كان في المسجد لزمته الجمعة فوجب إذا كان على مسافة من المصر بحيث يسمع منها النداء أن تلزمه ، أصله إذا كان في البلد لأنها مسافة يسمع منها نداء الجمعة بالمصر فلزم أهلها السعي إليها فهو من جملة من كان بأطراف المصر .

فصــل [١٢ - دليل التحديد بثلاثة أميال] :

وإنما حددنا بثلاثة أميال وما قاربها ، خلافاً للشافعي وغيره ممن زاد في ذلك أو نقص (٢) ، لأن تلك عادة ما يسمع منه النداء إذا كانت الرياح ساكتة والأصوات هادئة ، وكان المؤذن صيِّتاً وذلك معلوم بالتجربة والعادة ممَّن جربه وأمتحنه ، وقد روي في بعض الأحاديث ، « الجمعة على من كان من المصر على ثلاثة أميال»(٣) ولأن أهل العوالي كانوا يشهدون الجمعة مع رسول الله ﷺ بأمره ، وهم بالعوالي على ثلاثة أميال (٤) .

فصــل [١٣ - الاعتبار بثلاثة أميال ولا مراعاة لمن زاد عن ذلك] :

إذا ثبت ذلك فالاعتبار بأن يكون بينه وبين موضع النداء من المصر هذه المسافة، ولا يراعي أن يكون بينه وبين طرف المصر ثلاثة أميال إذا كان بين طرف المصر وبين موضع النداء مسافة أخرى ، لأن ذلك يوجب السعي إلى الجمعة من خمسة أميال و [أكثر] (٥) ، وذلك غير واجب .

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) انظر : الأم : ١/١٩٢ ، مختصر المزني ص ٢٦ ، الإقناع ص ٥١ .

(٣) الأحاديث الواردة في هذا مرفوعة ، فعن عطاء بن السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أنه كان شهد الجمعة في الطائف وهو في قرية يقال لها : الوهط على رأس ثلاثة أميال (ابن بي شيبة : ٢/١٠٤) ، وعن عكرمة قال : تؤتي الجمعة من أربع فراسخ (ابن أبي شيبة : ٢/١٠٢) .

(٤) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : من أين تؤتي الجمعة : ١/٢١٧ ، ومسلم في الجمعة ، باب : وجوب غسل الجمعة : ٢/٥٨١ .

(٥) ما بين معقوفتين مطموس في جميع النسخ .

فصل [١٤ - عدم وجوب الجمعة على العبد] :

ولا تجب الجمعة على عبد [١] خلافاً لداود [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم : «الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا أربعة فذكر العبد المملوك »[٣] وهي عبادة علقت [٤] بموضع مخصوص يتعلق بقطع مسافة كالحج ، ولأنه ذو نقص في نفسه ، مؤثر في قبول شهادته ، كالمرأة ولا يلزم عليه الفاسق [٥] لنقصه في فعله لا في نفسه .

فصل [١٥ - إمامة العبد في الجمعة] :

اختلف في إمامته في الجمعة [٦] ، فقال ابن القاسم : لا تجوز ، وقال أشهب: تجوز ولابن القاسم أن كل من تلزمه الجمعة لنقص في نفسه لم يصح أن يكون إماماً فيها ، أصله المرأة والصبي ، ولأشهب أن كل من جاز أن يكون إماماً للرجال في غير الجمعة من الفروض جاز أن يكون لهم إماماً في الجمعة أصله الحرة ، وإنما قلنا في الفروض احترازاً من الصبي .

فصل [١٦ - عدم وجوب الجمعة على المرأة والصبي والمريض والمسافر] :

ولا جمعة على المرأة ولا على الصبي ، لقوله : « الجمعة على كل مسلم إلا أربعة العبد والمرأة والصبي والمريض » [٧] ، ولأن الصبي ناقص عن بلوغ التكليف فلا تلزمه عبادات الأبدان ، فأما المريض فإن كان مرضه لا يمنعه السعي فالجمعة عليه ، وإن كان مانعاً له منها سقطت الجمعة عنه ، وأما المسافر فلا جمعة عليه ،

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٤٧ ، التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الرسالة ص ١٤٢ .

(٢) انظر : المحلي : ٥/ ٧٣ ، المجموع : ٤/ ٣٥٣ .

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٣٠١ .

(٤) في (ق) : إضافات .

(٥) في (ق) : القياس ص ١٥٩ .

(٦) انظر : المدونة : ١/١٤٦ ، الكافي ص ٤٦ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

لأنه لا جماعة عليه لأن من شرطها الإقامة ومن حضرها من هؤلاء أجزأتهم عن فرضهم (١) .

فصـل [١٧ - إذن السلطان لصحة الجمعة] :

وليس من شرط وجوب الجمعة ولا من شرط صحتها ولاية من السلطان (٢) ، خلافاً لأبي حنيفة (٣) ، لقوله : ﴿ إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ (٤) فعم ، ولم يشترط إذن السلطان ، ولأن السلطان لا يكون شرطاً في وجوب الصلوات اعتباراً بسائر الصلوات .

فصـل [١٨ - الخطبة بوضوء] :

الأفضل أن يخطب على وضوء ، لأن ذلك فعل رسول الله ﷺ والسلف بعده، ولأنها آكد من الأذان لأنها شرط في صحة الجمعة ، والأذان ليس بشرط فإذا استحب ذلك في الأذان ففي الخطبة أولى ، وإن أذن وخطب محدثاً كره له ذلك وجاز (٥) ، خلافاً للشافعي (٦) في أحد قوليه (٧) ، ولأنه ذكر للصلاة يتقدم عليها فلم يكن من شرطه الطهارة كالأذان والشهادتين .

فصـل [١٩ - الاقتصار على التهليل والتسبيح في الخطبة] :

إذا اقتصر على التهليل والتسبيح (٨) ، قال ابن عبد الحكم : يجزيه من

---

(١) في جملة هذه الأحكام ، انظر : المدونة : ١/١٤٣ ، التفريع : ١/٢٣٠ ، الرسالة: ١/١٤ - ١٤٢ ، الكافي ص ٦٩ .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٤٢ ، التفريع : ١/٢٣١ ، الكافي ص ٧٠ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣١ ، مختصر القدوري : ١/١١٠ .

(٤) سورة الجمعة ، الآية : ٩ .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٤٢ ، التفريع : ١/٢٣١ .

(٦) انظر : المدونة : ١/١٤٤ ، التفريع : ١/٢٣١ .

(٧) انظر : المهذب : ١/١١١ ، والمجموع : ٤/٣٨٧ .

(٨) التهليل : أن يقول : لا إله إلا الله ، والتسبيح : أن يقول : سبحان الله .

الخطبة، وقال ابن القاسم : لا يجزيه إلا أن يأتي بما يكون عند العرب خطبة ، فلابن عبد الحكم [1] أنه أتى بلفظ فيه تعظيم لله وتكبير فأجزاه من الخطبة ، أصله إذا طال ووصله بأمثال أو ضم إليه موعظة ، ولابن القاسم أنه إن لم يقع عليه اسم خطبة لم يجزه لقيام الدليل على اشتراط الاسم [2] .

فصـل [٢٠ - صفة الخطبة] :

صفة الخطبة : أن يكون فيها كلامٍ منظوم ، يحمد الله تعالى فيه ويصلي على نبيه ويأتي بموعظة ، فإن اقتصر على بعض ذلك أجزّاه بعد أن يأتي بما يقع عليه الاسم [3] ، وقال الشافعي [4] : لا بد فيها من هذه الأصناف ، ومعه شيء من القرآن ، فإن أخل به فلا يجزيه ، ودليلنا أنه أتى بما يقع عليه الاسم فأشبه إذا ضم إليه الموعظة والقراءة .

فصـل [٢١ - الجلوس في الخطبة] :

السُّنَّة في الخطبة أن يجلس في أولها ووسطها [5] ، « لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل [6] » ، فإن وصل ذلك ولم يجلس فقد ترك السنة وأجزاه ،

---

(١) أي الدليل لابن عبد الحكم ، وانظر في هذه المسألة المدونة : ١٤٩/١ ، التفريع : ٢٣١/١ .

(٢) واسم الخطبة عند العرب هو جمع كلام اختلف ألفاظه ومعانيه ، ومجرد الذكر لا يسمى خطبة (لسان العرب : ٣٤٨/١) .

(٣) انظر المدونة : ١٤٩/١ ، التفريع : ٢٣١/١ .

(٤) انظر الأم : ٢٠١/١ ، الإقناع ص ٥١ .

(٥) انظر : المدونة : ١٤٠/١ ، الرسالة ص ١٤١ ، الكافي ص ٧١ .

(٦) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل ذكره الزيلعي : ١٩٧/٢ ، وفيه جلستين ، وفي الصحيحين عن ابن عمر كان النبي ﷺ يخطب ثم يقعد ثم يقوم كما تفعلون الآن ، البخاري في الجمعة ، باب : الخطبة قائماً ، ومسلم في الجمعة ، باب : الخطبتين قبل الصلاة وما فيهما من الجلسة : ٥٨٩/٢ .

خلافاً للشافعي [١] ، لأنه إذا أتى بما يسمى خطبة فأشبه أن يأتي بها على الوجه الذي يتفق عليه .

فصـل [٢٢ - تعدد الأذان للجمعة] :

للجمعة أذانان [٢] ، إحداهما عند الزوال ، والآخر عند جلوس الإمام على المنبر ، وهذا الثاني آكد من الأول لأنه الذي كان يفعل على عهد النبي ﷺ ، وأما الذي يؤتي به عند الزوال ، ففي أيام عثمان رضي الله عنه لأن الناس كثروا[٣] واحتاج إلى زيادة في إعلامهم ، ويؤذن لها على المنار لأنه كذلك كان يفعل في عهده عليه الصلاة والسلام ، فأما أذانهم جميعاً بين يدي الإمام وهو على المنبر ، فإنه محدّث أُنشيء في زمان بعض بني أُمية ، ويأخذ الإمام في الخطبة بعد الفراغ من الأذان الذي يؤتي به وهو على المنبر .

فصـل [٢٣ - منع البيع عند النداء الأخير] :

ويمنع الناس بعد جلوس الإمام على المنبر وأخذ المؤذنين في الأذان من البيع[٤] والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ﴾ [٥] ، ولا خلاف في ذلك [٦] ، فإن باع بعض من تلزمه الجمعة في ذلك الوقت فسخ البيع على الظاهر [٧] من المذهب ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٨] ، لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه [٩] ،

---

(١) انظر : الأم : ١/ ١٩٩ ، والإقناع : ١/ ٥١ ، بحيث يقول : إن الجلسة واجبة كان صلى الله عليه وسلم يجلسها .
(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٠ ، الرسالة ص ١٤١ ، الكافي ص ٧٠ - ٧١ .
(٣) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : الأذان يوم الجمعة : ١/ ٢١٩ .
(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٤٤ ، التفريع : ١/ ٢٣٣ ، الرسالة ص ١٤١ .
(٥) سورة الجمعة ، الآية : ٩ .
(٦) انظر : المحلي : ٥/ ١١٦ - ١١٧ ، المجموع : ٤/ ٣٦٨ .
(٧) انظر : المدونة : ١/ ١٤٣ ، التفريع : ٦/ ٢٣٢ .
(٨) المختصر القدوري : ٢/ ٣٠ ، الأم : ١/ ١٩٥
(٩) وهذه قاعدة أصولية معروفة .

ولأنه عقد منع لأجل حق الله تعالى والتشاغل بعبادة لا يصلح قضاؤها فأشبه النكاح في العدة .

فصل [٢٤ - عدم التنفل والإمام يخطب] :

إذا دخل والإمام في الخطبة جلس ولم يركع [١] ، خلافاً للشافعي [٢] ، لقوله: « إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب فقد لغوت » [٣] ، فنبه بذلك على أن ما كان أكثر منه أولى بالمنع ، ولأنها صلاة افتتحت والإمام يخطب فيجب منعها ، أصله إذا كان جالساً ، ولأن في ذلك ذريعة إلى التشاغل عن الإمام والتهاون لخطبته وترك الإنصات له .

فصل [٢٥ - الإنصات للخطبة] :

والإنصات له واجب [٤] ، لقوله تعالى : ﴿ وإذا قريء القرآن فاستمعوا له وانصتوا ﴾ [٥] ، قيل ذلك في الخطبة [٦] ، ولقوله : « إذا قلت لصاحبك انصت والإمام يخطب فقد لغوت » [٧] ، هذا تنبيه على منع كل تشاغل عن الإنصات من حديث أو صلاة أو قراءة أو أي شيء كان .

فصل [٢٦ - عدم سلام الإمام إذا صعد المنبر] :

ولا يسلم إذا صعد على المنبر [٨] ، خلافاً للشافعي [٩] ، ولأنه لم يرد في

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٢ .

(٢) انظر : الأم : ١/ ١٩٧ ، المجموع : ٤/ ٤٢٩ .

(٣) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : الإنصات يوم الجمعة : ١/ ٢٢٤ ، ومسلم في الجمعة ، باب : في الإنصات يوم الجمعة في الخطبة : ٢/ ٥٨٣ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٣٨ - ١٣٩ ، الرسالة : ١٤٢ .

(٥) سورة الأعراف ، آية : ٢٠٤ .

(٦) انظر : تفسير الطبري : ٩/ ١٦٥ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٤٠ .

(٩) انظر : الأم : ١/ ٢٠٠ .

شيء من الروايات الثابتة عن النبي ﷺ أنه كان يسلم ، وإنما هو شيء محدث ، ولأن صعوده على المنبر تشاغل بافتتاح عبادة وليس في العبادات ما سن فيه سلام الإمام على من أمه ، ولأنه ذكر يتقدم للصلاة فأشبه الأذان ولأنها خطبة كالثانية.

فصـل [٢٧ - صفة القراءة في الجمعة والسورة التي يستحب قراءتها وبما تدرك] :

والقراءة في الجمعة جهراً [١] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم كان يجهر فيها بالقراءة [٢] ، ولأنها صلاة بخطبة ، وكل صلاة بخطبة فالقراءة فيها جهراً ، ويستحب في الأولى بسورة الجمعة [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة [٤] في قوله : إن الجمعة وغيرها سواء ، «لأنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ بها في صلاة الجمعة» ويداوم [٥] عليها ، ولأنها تشتمل على أشياء من أحكام الجمعة : من وجوب صلاتها والسعي والمبادرة إلى فعلها وترك ما يشغل عنها من البيع نصاً وتنبيهاً وأحكام الخطبة ووجوب الإنصات ، فكانت أولى من غيرها ، وأما الثانية فقد روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ إذا جاءك المنافقون » [٦] ، وروي : «هل آتاك حديث الغاشية » [٧] ، وروي : « سبح اسم ربك الأعلى » [٨] ، وكل ذلك واسع .

ومن أدرك مع الإمام ركعة من الجمعة ضم إليها أخرى ، لأنه بإدراكه ركعة منها مدرك لها ، وإن أدركه بعد رفع رأسه من الركعة الثانية فقد فاتته ، فيصلي

---

(١) انظر : الرسالة ص ١٤٢ ، الكافي ص ٧١ .

(٢) وهذا معروف بالاستقراء والأحاديث الآتية التي تذكر ما كان يقرأه صلى الله عليه وسلم من السور في هذه الصلاة .

(٣) انظر الرسالة ص ١٤٢ ، الكافي ص ٧١ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/١١١ .

(٥) أخرجه مسلم في الجمعة ، باب : ما يقرأ في صلاة الجمعة : ٢/٥٩٧ .

(٦) هو نفسه الحديث السابق .

(٧) ، (٨) أخرجهما مسلم في الجمعة ، باب : ما يقرأ في صلاة الجمعة : ٢/٥٩٨ .

ظهراً أربعاً [1] ، خلافاً لأبي حنيفة [2] في قوله : أنه يصلي جمعة لقوله : « من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدركها » [3] ، فدل أن ما دونها لا يقع به الإدراك ، وروي أيضاً في الجمعة ، وإن أدركهم في التشهد صلى أربعاً ، ولأنه أدركه بعد رفعه من الركوع فأشبه إدراكه بعد قعوده قدر التشهد .

فصــل [٢٨ - من صلى الظهر في بيته يوم الجمعة قبل صلاة الإمام] :

من صلى الظهر يوم الجمعة في بيته قبل صلاة الإمام فلا يجزؤه [5] ، لأن فرض الوقت الجمعة فلا تسقط إلا بفعلها ، يدل عليه قوله تعالى : ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ [6] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الجمعة حق واجب على كل مسلم » [7] ، وكذلك لو صلاها في وقت أو سعى إلى الجمعة لأدركها أو ركعة منها ، وإن كان في وقت لو مضى إليها لم يدرك منها ركعة أجزاه لأنه لا يقدر حينئذ على فعلها .

فصــل [٢٩ - فيمن فاتته الجمعة لا يصليها ظهراً جماعة] :

من فاتته الجمعة ضربان : معذور يظهر عذره مثل المرضى ، والمُحبسين ومن أشبههم : وهؤلاء يجوز لهم أن يصلوا الظهر في جماعة لأنهم على الأصل وظاهر العذر ، ومنهم من لم يظهر عذره فيكره له أن يصلي الظهر في جماعة[8]

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١٣٨ ، التفريع : ١/ ٢٣٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٥ ، مختصر القدوري : ١/ ١١٣ .

(٣) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب : من أدرك من الصلاة ركعة : ١/ ١٤٥، ومسلم في المساجد ، باب : من أدرك ركعة من الصلاة .. : ١/ ٤٢٣ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في الإقامة ، باب : أدرك ركعة من الجمعة : ١/ ٣٥٦ ، وهو صحيح .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٣ ، الكافي ص ٧٢ .

(٦) سورة الجمعة ، الآية : ٩ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٤٨ ، التفريع : ١/ ٢٣٢ - ٢٣٣ .

خلافاً للشافعي [١] ، ولأن في ذلك نظراً لأهل البدع أن يتركوا الجمعة ويصلوا الظهر خلف من يعتقدون إمامته وجواز الصلاة خلفه ويُظهرون أن الصلاة فاتتهم.

فصــل [٣٠ - من أصابه حدث] :

من أصابه حدث يوم الجمعة لم يلزمه استئذان الإمام في الخروج لطهارته [٢] لأن استئذان الإمام إنما يجب فيما إليه منعه والإذن فيه ، وهذا مما لا يجوز له منعه لو أراده ، فكان كاستئذان في خلع عمامته أو نعله أو غير ذلك مما لا إذن له به ، وقوله تعالى : ﴿ وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوا ﴾ [٣] وارد في غير هذا .

فصــل [٣١ - إذا اتفق عيد وجُمعة] :

إذا اتفق عيد وجمعة لم يسقط أحدهما الآخر [٤] ، خلافاً لمن قال : أن حضور العيد يكفي عن الجمعة [٥] ، لقوله تعالى : ﴿ إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ [٦] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الجمعة على كل مسلم » [٧] ، ولأن شرائط الجمعة موجودة فلزم أداؤها أصله إذا لم يكن يوم عيد لأن صلاة العيد سُنَّة فلم تسقط فرضاً أصله الكسوف ، ولأن الجمعة آكد من العيد لأنها فرض فإذا لم يسقط الأضعف كان الأضعف أولى بأن لا يسقط الأكبر.

---

(١) انظر : الأم : ١/ ١٩٠ ، مختصر المزني ص ٢٧ .
(٢) المدونة : ١/ ١٤٥ .
(٣) سورة النور ، الآية : ٦٢ .
(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٤٢ .
(٥) قاله الإمام أحمد ، انظر الإنصاف - للمراودي : ٤٠٣٢ .
(٦) سورة الجمعة ، الآية : ٩ .
(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

فصـل [٣٢ - في عدم انعقاد جمعتان في مصر واحد] :

لا تنعقد جمعتان في مصر واحد (١) ، خلافاً لمن أجازه (٢) ، لأن النبي ﷺ لم يجزها إلا في موضع واحد ، ولو جازت في أكثر منه لبينه قولاً وفعلاً ، ولأنه مصر انعقدت فيه الجمعة فلم تنعقد فيه أخرى كالثالثة والرابعة .

فصـل [٣٣ - غسل الجمعة] :

غُسل الجمعة سُنَّة مؤكدة (٣) ، لقوله : « من جاء الجمعة فليغتسل » (٤) ، وقوله : « غُسل الجمعة واجب على كل محتلم » (٥) ، وليس بواجب لزوم وحتم ، خلافاً لمن ذهب إلى ذلك (٦) ، لقوله : « من جاء الجمعة فتوضأ فبها ونعمت ومن اغتسل فالغُسل أفضل » (٧) ، ولأنها صلاة شرعية فلم يكن من شرطها غُسل زائد على رفع الحدث كسائر الصلوات .

فصـل [٣٤ - اتصال الغُسل بالرواح] :

ومن سُنَّته أن يكون واصلاً بالرواح (٨) ، فإن تراخا عنه تراخياً شديداً لم

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٣ ، الكافي ص ٧١ .

(٢) أجازه أبو حنيفة ومحمد (انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٥) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٣٦ ، التفريع : ١/ ٢٣٣ ، الرسالة ص ١٤٢ .

(٤) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : فضل الغُسل يوم الجمعة : ١/ ٢١٢ ، ومسلم في الجمعة ، باب : وجوب غسل الجمعة : ٢/ ٥٧٩ .

(٥) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : فضل الغسل يوم الجمعة : ١/ ١٢٢ ، ومسلم في الجمعة ، باب : وجوب غسل الجمعة : ٢/ ٥٨٠ .

(٦) في رواية عن الإمام أحمد أنه واجب (المغني : ٢/ ٣٤٦) .

(٧) أخرجه النسائي في الجمعة ، باب : الرُخصة في ترك الغُسل يوم الجمعة : ٣/ ٧٧، الترمذي في الصلاة ، باب : الوضوء يوم الجمعة ، وقال : حديث حسن : ٢/ ٣٦٩ .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٣٦ ، التفريع : ١/ ٢٣١ .

يكن الغُسل المأمور به ، خلافاً لابن وهب وسائر الفقهاء [(١)] ، لقوله : « إذا راح أحدكم إلى الجمعة فليغتسل » [(٢)] ، والشرط لا يتأخر عن المشروط ، ولأن الغرض طيب البدن وزوال روائح المهن التي كان يتأذى بها ، ومتى تأخر الرواح عنه زال هذا المعنى والله أعلم .

* * *

(١) انظر المجموع : ٤/ ٤٠٨ ، المغني : ١/ ٣٤٧ .

(٢) أخرجه البخاري في الجمعة ، باب : فضل الغسل يوم الجمعة ، : ١/ ٢١٢ ، ومسلم في باب وجوب غسل الجمعة : ٢/ ٥٨٠ .

باب : [صلاة الخوف]

وصلاة الخوف بأذان وإقامة ، لأنها صلاة تؤدي في جماعة كسائر الصلوات[1] .

فصل [١ - صفة صلاة الخوف] :

صلاة الخوف هي الصلاة المكتوبة، يحضر وقتها والمسلمون محاربون لعدوهم، ولا يخلو ذلك أن تكون في حضر أو سفر ، فإن كانوا في سفر صلاها الإمام بهم مقصورة ، يصلي بكل طائفة ركعة على ما نبينه ، وإن كانوا في حضر صلّى بهم تامة بكل طائفة ركعتان ، فإن كانت من الصلوات التي لا تقصر : فإن كانت الصبح صلى بكل طائفة ركعة ، وإن كانت المغرب صلى بالطائفة الأولى ركعتين وبالثانية ركعة .

والوجه فيها أن يقسم الإمام العسكر فرقتين ، يصلي بإحداهما وتقيم الأخرى بإزاء العدو ، فيصلي بالطائفة التي معه ركعة إن كانوا في سفر ، أو ركعتين إن كانوا في حضر ، ثم تتم الطائفة التي معه ما بقي عليها وتسلم وتنصرف . وفي السفر يقوم إلى الثانية وينتظر مجيء الثانية قائماً ، وفي الحضر إذا خرج من التشهد في الركعة الثانية فيها روايتان :

إحداهما : أنه يشير إليهم بالفراغ ليتموا ، فإذا بدأت الطائفة الأخرى قام وصلى بهم .

والأخرى : أنه يقوم إلى الثالثة فيعلم الناس فراغه فيتمون لأنفسهم ، ثم إذا جاءت الطائفة الأخرى أتم بقية الصلاة ، فإذا فرغ من تشهده ففيهما روايتان : إحداهما ، أنه يشير إليهم فيتمون ، والأُخرى أنه يسلم ثم يتمون بعد سلامه ،

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٢٩ ، التفريع : ١/٢٣٧ ، الرسالة ص ١٤٣ .

وفي المغرب روايتان : إحداهما ، أنه يشير إليهم بعد فراغه من تشهد الركعة الثانية ، والأُخرى أنه يقوم إلى الركعة الثالثة فينتظر الفرقة الأخرى [1] .

فصـل [٢ - ترجيح هذه الصفة من صلاة الخوف] :

وإنما قلنا : إن صلاة الخوف على هذه الصفة خلافاً لأبي حنيفة [2] في قوله : أن الإمام يصلي بالطائفة الأولى ركعة بسجدتيها ثم تنصرف فتقف بإزاء العدو ، ثم تأتي الأخرى فيصلي بهم الركعة الثانية ويتشهد ويسلم ، ثم تنصرف هذه الطائفة وتقف بإزاء العدو وتعود الطائفة الأُولى فيقضون لأنفسهم ركعة وسجدتين وحداناً وتتشهد وتسلم ثم تنصرف وتقف بإزاء العدو ، وتأتي الأخرى فتقضي كذلك ، لأنا روينا صلاة الخوف من طريق صالح بن خوات [3] ، عن سهل بن أبي حثمة [4] على الصفة التي ذكرناها [5] ، وهم صاروا إلى أخبار رووها ، فالكلام بيننا في ترجيح الأخبار ، فوجدنا أخبارنا أولى بالمصير إليها لأمور منها : أنها أكثر عدداً لأنها مروية عن ثلاثة من الصحابة [6] ، وسائر ما رووه مروي عن

---

(١) في جملة أحكام صلاة الخوف انظر : المدونة : ١/١٤٩ - ١٥٠ ، التفريع : ١/٢٣٧ - ٢٣٨ ، الرسالة ص ١٤٣ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٨ ، مختصر القدوري : ١/١٢٣ - ١٢٤ .

(٣) **صالح بن خوات** : هو صالح بن خوات بن جبير النعمان الأنصاري المدني ، روي عن أبيه وخاله وسهل بن أبي حثمة ، روي عنه ابنه خوات ويزيد بن رمان والقاسم بن محمد ، عدله النسائي ووثقه ابن حبان (التهذيب : ٤/٣٨٧) .

(٤) **سهل بن أبي حثمة** : بن ساعدة بن عامر الأنصاري الخزرجي المدني ، صحابي صغير ، ولد سنة ثلاث من الهجرة ، وله أحاديث ، مات في خلافة معاوية (تقريب التهذيب : ٢٥٧) .

(٥) أخرج الحديث البخاري في المغازي ، باب : غزوة ذات الرقاع : ٥/٥٢ - ٥٣ ، ومسلم في صلاة المسافرين ، باب : صلاة الخوف : ١/٥٧٥ ، ومالك : ١/١٨٣ ، وهذا حديث صالح بن خوات المسند ، أما حديث سهل الموقوف في الموطأ : ١/١٨٣ ، فقد روي مسنداً في البخاري ومسلم في نفس الصفحات المذكورة سابقاً .

(٦) الصحابة هم : خوات وسهل بن أبي حثمة وعبد الله بن عمر .

واحد إلا حديث ابن مسعود [١] ، وهو حديث مختلف عليه فيه [٢] ، ولأن ظاهر القرآن معنا : وهو قوله تعالى : ﴿ فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم ، فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم ﴾ [٣] ، فأفردهم بالسجود ، فاقتضى ذلك أن يسجدوا لأنفسهم سجوداً ينفردون به لا يشركهم فيه الإمام مع كون الإمام في الصلاة لقوله : ﴿ ولتأت طائفة أُخرى لم يصلوا فليصلوا معك﴾[٤] ، وهذا لا يمكن إلا على ما نقوله : أن كل طائفة تصلي ما بقي عليها حال صلاة الإمام ، وعلى قول أبي حنيفة لا تصح ، لأن القضاء عنده لا يكون إلا بعد فراغ الإمام من الصلاة لكلتا الطائفتين [٥] .

قال أحمد بن المعذل : ولأن ما قلناه أحوط لأن انصراف الطائفة الأُولى التي قد صلت مع الإمام ركعة إلى مكان الطائفة الواقعة بإزاء العدو ، وإنما هو للحفظ والحراسة ، فيجب أن تكون تقف في مكانها وهي فارغة لما قصدت له غير مشتغلة بمراعاة ما سواه ، لأن ذلك أمكن في التحرز وأشبه بالمعنى الذي استدعيت له ، ولأنهم ربما احتاجوا في التحفظ إلى كلام وصياح وغير ذلك من العمل الذي يبطل الصلاة بكثرته ، فيزول ما بني عليه أمر صلاة الخوف من التحفظ للصلاة.

---

(١) أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود : مشهور بكنيته ، والأشهر أنه لا اسم له غيره ويقال : اسمه عامر ، كوفي ثقة من كبار الثالثة ، والراجح أنه لا يصح سماعه من أبيه ، مات بعد سنة ثمانين (تقريب التهذيب : ٦٥٦) .

(٢) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : يصلي بكل طائفة ركعة : ٣٧/٢ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٣١١/١ ، البيهقي : ٢٦١/٣ ، والدارقطني : ٦١/٢، وقال البيهقي : وهذا الحديث مرسل أبو عبيدة لم يدرك أباه وخصيف الجزري ليس بالقوي: ٢٦١/٣ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ١٠٢ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ١٠٢ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٨ ، مختصر القدوري : ١٢٤/١ .

فصـل [٣ - الإمام ينتظر الطائفة الثانية إذا فرغوا سلم بهم] :

وإنما قلنا : إن الإمام ينتظرهم ، فإذا فرغوا سلم بهم ، وهو قول الشافعي[(١)] فوجهه قوله تعالى : ﴿ ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك ﴾ [(٢)] ، وهذا يفيد جميع صلاتهم ، وأنه يؤدي إلى التسوية بين الطائفتين في الفضيلة فكان أولى ، ولأن الخبر بذلك مسند [(٣)] ، والخبر الآخر موقوف على صحابي [(٤)] ، وهو سهل بن أبي حثمة ، فإذا قلنا : أنه لا يسلم بهم [(٥)] ، وهو الظاهر من المذهب فلأن تغيير صلاة الخوف إنما جاز للضرورة فإذا استوت الحال حملناها على الأصل ، ولا فضل [(٦)] بين سلام الإمام قبلهم وبين انتظاره إياهم في باب الضرورة ، ولأن انتظاره إياهم زيادة عمل في الصلاة غير محتاج إليه لأجل الخوف وذلك مكروه ، ويفارق قيامه من الركعتين ، لأن ذلك لانتظار الطائفة الأخرى ، وذلك محتاج إليه في صلاة الخوف ، ولأن المأمومين لا يقفون على فراغه من التشهد إلا بإشارة منه أو التفات أو غير ذلك مما يشعرهم به ، وذلك زيادة عمل فكان التسليم أولى به [(٧)] ، ولأنه قد لا يصل إلى العلم بفراغهم جميعهم من تلك الركعة لاختلافهم في القضاء من السرعة والإبطاء ، فلا يخلوا أن يسلم بهم على حسب ما يغلب على ظنه من فراغهم ، فتفوت الفضيلة بعض الطائفة أو أن ينتظرهم ما يعلم بالعادة أن جميعهم قد فرغوا ، فذلك زيادة في صلاته غير محتاج إليها ، لأن الطائفة الأولى لما كان ابتداؤها في القضاء بعد انفصاله عن الركعة الأولى ، فيجب أن تكون كذلك الطائفة الأخرى ، وهذا لا يمكن إلا بعد سلامه لأنه ما لم يسلم فهو في الصلاة .

---

(١) الأم : ٢١١/١ ، الإقناع ص ٥٧ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١٠٢ .

(٣) وهو خبر صالح بن خوات ، وقد سبق تخريجه ص ٣١٥ .

(٤) وقد سبق تخريجه ص٣١٥ .

(٥) أي يسلم قبلهم .

(٦) في (ق) : ألا .

(٧) به : سقطت من (ق) .

فصل [٤ - صفة صلاة الخوف في صلاة المغرب] :

وإنما قلنا في المغرب : يصلي بالطائفة الأولى ركعتين [١] خلافاً لما قال بعض الشافعية [٢] أنه يجيء على قوله أنه يصلي بالأولى ركعة وبالثانية ركعتين ، لأن صلاة الخوف مبنية على التخفيف للتحرز والتحفظ من العدو ، وما ذكرناه أقرب إلى المقصود لأنه إذا صلى بالأولى ركعتين وقف لانتظار قضاء ركعة ، فكان أولى وقوفه لانتظار قضاء ركعتين ، ولأن صلاة الخوف مبنية على المساواة ، فإذا لم يمكن انقسام الركعة كان صلاته إياها بالأولى أولى لأن أول الصلاة أكمل من آخرها ، ألا ترى أنه يقرأ في الأوليين بالحمد وسورة جهراً ، وفي الثانية سراً بالحمد ، فعلم أن الثانية في حكم أول الصلاة .

فصل [٥] :

ووجه قوله : أنه إذا فرغ من تشهده أشار إليهم فقاموا للقضاء هو أن صلاة الخوف مبنية على المساواة وانتظاره إياهم في الجلوس أقرب إلى المساواة لأنهم يدركونه في أول قيامه ، ووجه قوله : إنه ينتظرهم قائماً ما قاله عبد الملك [٣] أنه لا غاية لقعوده ولا أمارة يعلمون بها فراغه من تشهده وأوان قيامهم لقضاء ما عليهم لا يمكن إلا بأن يشير إليهم ، وذلك زيادة عمل في الصلاة مستغنى عنه فكان انتظاره إياهم قائماً أولى .

فصل [٦ - صلاة الخوف في وقتنا هذا] :

صلاة الخوف جائزة في هذا الوقت ، خلافاً لأبي يوسف في قوله : إنها ما أجيزت إلا للنبي ﷺ [٤] ، لقوله عزَّ وجَلَّ : ﴿ وإذا كنت فيهم فأقمت لهم

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٤٩ ، التفريع : ١/٢٣٧ ، الرسالة ص ١٤٣ .

(٢) انظر : الأم : ١/٢١٣ ، مختصر المزني ص ٢٩ .

(٣) انظر الكافي ص ٧٢ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٨ ، المغني : ١/٤٠٠ ، وفي تحفة الفقهاء : ٢/١٧٧ ، هو من رأي الحسن بن زياد .

الصلاة ﴾ [١] ، والأصل أنا مساوون له في الأحكام إلا ما قام الدليل على خصوصه ، ولقوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [٢] ، وهذا عام في صلاة الخوف وغيرها ، ولأن الصحابة قد صلوها بعده وأفتوا بجوازها [٣] ، ولأنه عذر يغير نية الصلاة ، فكان حكمنا فيه حكمه كالسفر والمرض ، ولأن المعنى الذي له أجيزت صلاة الخوف حراسة المسلمين والتحرز من العدو وهذا لا يختص بزمان دون زمان .

فصـل [٧ - إذا اشتد الخوف] :

إذا اشتد خوفهم فلم يقدروا على أن يصلوا جماعة صلوا على حسب طاقتهم ركباناً ورجالة ومشاء وإيماء لأنهم لا يقدرون على غير ذلك [٤] ، والله أعلم .

* * *

(١) سورة النساء ، الآية : ١٠٢ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٢١٤) .

(٣) فقد صلى بها أبو موسى الأشعري بأصبهان ، وكذلك صلاها عليّ بن أبي طالب وسهل بن أبي حثمة علمهم صلاة الخوف ، وعن ابن عمر أنه كان إذا سئل عن صلاة الخوف وصفها رضي الله عنهم جميعاً (انظر البيهقي : ٣/٢٥٢) .

(٤) انظر : التفريع : ١/٣٣٨ ، الرسالة ص ١٤٣ .

باب : صلاة العيدين

صلاة العيدين [(١)] سُنَّة مؤكدة [(٢)] ، خلافاً لمن قال : أنها فرض على الكفاية[(٣)] ، لأنها صلاة تشتمل على ركوع وسجود ، وليست بفرض على الأعيان ، فلم تكن فرضاً على الكفاية كسائر النوافل ، ولأنها ذات ركوع وسجود، وليس من سنتها الأذان بوجه كالاستسقاء .

فصـل [١ - الدليل على أنها سُنَّة مؤكدة] :

وإنما قلنا : أنها سُنَّة مؤكدة لأنه صلى الله عليه وسلم صلاها وجمع لها وأمر بها وحض عليها وخطب فيها [(٤)] ، فوجب بذلك كونها سُنَّة مؤكدة .

فصـل [٢ - ما جاء في الاغتسال لصلاة العيد] :

الغُسل لها مستحب [(٥)] لأنه يوم عيد فاستحب فيه الغُسل كالجمعة ، ولأن ذلك مروي عن النبي ﷺ [(٦)] وعن السلف ، ويجوز أن يغتسل لها قبل الفجر

---

(١) صلاة العيدين : العيد مشتق من العود وهو الرجوع والتكرر لأنه متكرر في أوقاته (مواهب الجليل ٢/١٨٩) .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٥٤ - ١٥٦ ، التفريع : ١/٢٣٣ ، الرسالة ص ١٤٤ .

(٣) قاله بعض أصحاب الشافعي (انظر : المجموع : ٥/٣ ، المغني : ٢/٣٦٧) .

(٤) فعن ابن عباس أن النبي ﷺ صلى العيد بغير أذان ولا إقامة ، وأخرجه البخاري في العيدين ، باب : المشي إلى العيد بغير أذان ولا إقامة : ٢/٥ ، ومسلم في صلاة العيدين: ٢/٦٠٤ ، وحديث ابن عمر أنه كان صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما يصلون العيدين قبل الخطبة أخرجه البخاري في العيدين ، باب : الخطبة بعد العيد : ٢/٥، ومسلم في العيدين ، باب : صلاة العيدين : ٢/٦٠٥ .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٥٤ ، التفريع : ١/٢٣٤ ، الرسالة ص ١٤٥ .

(٦) انظر : الحديث الآتي فيه ندبه صلى الله عليه وسلم للغُسل لها .

بخلاف الجمعة ، والفرق بينهما أن وقت صلاة العيد غدوة [1] ، فيقرب من وقت الاغتسال وصلاة الجمعة بعد الزوال فلو أَجزْنَا الاغتسال لها قبل الفجر لبعد ما بينه وبين الصلاة وزال معنى تعليقه بالرواح .

فصـــل [٣ - الزينة والطيب في العيدين] :

ويستحب فيها الزينة والطيب [2] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « يا معشر المسلمين ، إن هذا يوم جعله الله عيداً للمسلمين فاغتسلوا ، ومن كان عنده طيب فلا يضره أن يمس منه » [3] ، فندب إلى ذلك في الجمعة ، وعلله بأنه عيد فكان كل عيد كذلك ، وقال معاذ : كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا غدونا إلى المصلى أن نلبس أجود ما نقدر عليه من الثياب [4] ، ولأن في ذلك زينة للإسلام وجمالاً للشرع وإعظاماً وإرهاباً للعدو .

فصـــل [٤ - الأكل قبل الغدو في الفطر وفي الأضحى بعده] :

يستحب في الفطر الأكل قبل الغدو إلى المصلى ، وفي الأضحى الأكل بعد الغدو من المصلى [5] ، « لأنه صلى الله عليه وسلم كان لا يخرج يوم الفطر حتى يأكل ولا يطعم في الأضحى حتى يرجع » [6] ، وإنما هما يومان للمساكين

---

(١) غدوة : وهي ما بين صلاة الصبح وطلوع الشمس (المصباح المنير ، مادة « غدا » ص ٤٤٣) .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٤ ، الرسالة ص ١٤٥ ، الكافي ص ٧٨ .

(٣) أخرجه البيهقي : ٣/ ٢٤٣ ، وأخرجه الطبراني في الأوسط والصغير ورجاله ثقات (مجمع الزوائد : ٢/ ١٧٦) .

(٤) أخرجه الحاكم : ٤/ ٢٣٠ ، وقال : لولا جهالة إسحق بن بزرج لحكمت للحديث بالصحة .

(٥) انظر المدونة : ١/ ١٥٦ ، الكافي ص ٧٧ .

(٦) أخرجه الترمذي في الصلاة ، باب : في الأكل يوم الفطر قبل الخروج ، وقال عنه: حديث غريب : ٢/ ٤٢٦ ، وابن ماجه في الصيام ، باب : الأكل يوم الفطر : ١/ ٥٥٨ ، والحاكم : ١/ ٢٩٤ ، وصحّحه ابن القطان .

حق في ماله وينسب إليهما ، فكان أكله مصاحباً لإيصاله إليهم ، فلما كان في الفطر يخرج الزكاة قبل الغدو ، وكان أكله في ذلك الوقت ، وفي الأضحى لما كان لا يضحي إلا بعد الرجوع كان أكله في ذلك الوقت .

ويستحب المشي إليهما لما ذكرناه في الجمعة ، والنزول إليهما من ثلاثة أميال لأنها صلاة عيد أمر بالسعي إليها موجب تقدير ذلك لمن هو خارج المصر بثلاثة أميال كالجمعة .

فصــل [٥ - الرجوع من غير الطريق التي ذهب منها] :

يستحب أن يرجع من غير الطريق الذي غدا منها : « لأنه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك »[١] ، وقد ذكر فيه فوائد أكثرها دعاوي فارغة[٢] ، وليس إلا للاقتداء فقط .

فصــل [٦ - وقت صلاة العيدين] :

ووقت صلاة العيدين إذا أشرقت الشمس[٣] ، « لأنه صلى الله عليه وسلم صلاها في ذلك الوقت »[٤] ، وغدو المصلِّي إلى المصلَّى بحسب قرب منزله وبعده .

فصــل [٧ - إظهار التكبير في المشي والجلوس في العيدين] :

يظهر الغادي إلى المصلَّى التكبير في ممشاه وفي جلوسه في العيدين[٥] ، لأن ذلك من عمل النبي ﷺ والسلف بعده ، وخالفنا أبو حنيفة ، وقال : لا يكبر في

---

(١) أخرجه البخاري في العيدين ، باب : من خالف الطريق إذا رجع يوم العيد : ٢١/١١ .

(٢) حكى هذا النص الحافظ ابن حجر في فتح الباري : ٢/ ٤٧٣ .

(٣) المذهب على أن وقتها من حل النافلة بارتفاع الشمس عن الأفق قيد ريح لا قبله ، فتكره بعد الشروق (الشرح الصغير : ١/ ١٧٥) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : وقت صلاة العيدين : ١/ ٤١٨ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٥٤ ، التفريع : ١/ ٢٣٤ ، الرسالة ص ١٤٤ .

يوم الفطر في ممشاه ولا في جلوسه [1] ، ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه كان يخرج يوم الفطر فيكبر حين يخرج من بيته حتى يأتي المصلى ، فإذا قضى الصلاة قطع التكبير [2] ، ولأنه يوم يصلي فيه صلاة عيد فأشبه يوم الأضحى .

فصل [٨ - التكبير يوم الفطر دون ليلته] :

يكبر يوم الفطر دون ليلته خلافاً للشافعي [3] ، لأنه ذِكْر يختص استحبابه بالعيد فكانت البداية به يوم العيد دون ليلته كالتكبير في الصلوات يوم العيد ، ولا يلزمه التكبير خلف الصلوات لأنه ليس بمختص بالعيد لأنه يقع في أيام التشريق .

فصل [٩ - صلاة العيد في المصلى] :

الاختيار أن يصلي في المصلى دون المسجد الجامع [4] ، لأن رسول الله ﷺ كان يصليها في المصلى [5] ، ولأنها صلاة عيد فوجب أن يكون لها موضع مختص بها منسوب إليها كالجمعة .

فصل [١٠ - صلاة العيد بلا أذان ولا إقامة] :

ولا أذان فيها ولا إقامة [6] ، لما روي ابن عباس وابن عمر وجابر بن سمرة[7]

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٨ ، مختصر القدوري : ١/١١٥ ، وفيه : ويكبر في الفطر سراً ، وفي المصلى جهراً .

(٢) أخرجه البيهقي : ٣/٢٧٩ ، والدارقطني : ٢/٤٤ ، والحاكم : ١/٢٩٨ ، وفيه موسى بن محمد بن عطاء منكر الحديث ضعيف .

(٣) انظر : الأم : ١/٢٣١ ، مختصر المزني ص ٣٠ .

(٤) انظر : المدونة : ١/١٥٦ ، التفريع : ١/٢٣٣ .

(٥) كما جاء في أحاديث العيدين : فعن أبي سعيد الخدري قال : كان رسول الله ﷺ يخرج يوم الفطر والأضحى إلى المصلى . أخرجه البخاري في العيدين ، باب : الخروج إلى المصلى بغير منبر : ٢/٤ .

(٦) انظر : التفريع : ١/٢٣٤ ، الرسالة ص١٤٤ .

(٧) جابر بن سمرة : بن جنابة السوائي صحابي ابن صحابي ، نزل الكوفة ، ومات بها بعد سنة سبعين (تقريب التهذيب : ١٣٦) .

أن رسول الله ﷺ صلاها بغير أذان ولا إقامة [1] ، ولأنها صلاة نفل كسائر النوافل .

فصل [١١ - صفة صلاة العيدين] :

وصلاة العيدين ركعتان كسائر الصلوات لا فرق بينهما وبين غيرها من الصلاة إلا زوائد التكبير ، فيكبر في الأولى بعد تكبيرة الإحرام ستاً وفي الآخرة بعد تكبيرة القيام خمساً [2] ، كما روت عائشة رضي الله عنها وأبي واقد [3] ، وعمرو بن عوف [4] وابن عمر : « أن رسول الله ﷺ كان يكبر في العيدين سبعاً في الأول قبل القراءة وستاً في الآخرة قبل القراءة » [5] .

فصل [١٢ - القراءة في صلاة العيد] :

والقراءة فيها جهراً بسبح والغاشية [6] ، ونحوها « لأنه عليه الصلاة والسلام

---

(١) أما رواية ابن عمر فلم أعثر عليها ، إلا أن الحديث متفق عليه من رواية ابن عباس وجابر ، فقد أخرجه : البخاري في العيدين ، باب : المشي إلى العيد بغير أذان ولا إقامة: ٢/٥ ، ومسلم في صلاة العيدين ، باب : صلاة العيدين : ٢/ ٦٠٤ .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٥٤ - ١٥٦ ، التفريع : ١/ ٢٣٣ - ٢٣٤ ، الرسالة ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٣) **أبو واقد الليثي** : صحابي ، قيل : اسمه الحارث بن مالك ، وقيل : ابن عوف ، وقيل : اسمه عوف بن الحارث ، مات سنة ثمان وستين وهو ابن خمس وثمانين على الصحيح (تقريب التهذيب : ٦٨٢) .

(٤) **عمرو بن عوف** : الأنصاري حليف بني عامر بن لؤي بدري ، ويقال له : عمير ، مات في خلافة عمر (تقريب التهذيب : ٤٢٥) .

(٥) أما حديث عائشة فأخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : التكبير في العيدين : ١/ ٦٨١ ، وهو حديث تفرد به ابن لهيعة واختلف عليه ، وأما حديث أبي واقد فأخرجه الطبراني في التكبير وذكره ابن أبي حاتم في العلل (مجمع الزوائد : ٢/ ١٠٤) .

وحديث عمرو بن عوف فقد أخرجه الترمذي في العيدين ، باب : التكبير في العيدين ، وقال : حديث حسن : ٢/ ٤٧٦ ، وأما أثر ابن عمر فقد أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : التكبير في العيدين : ١/ ٦٨٠ مرفوعاً .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٥٥ ، التفريع : ١/ ٢٣٤ ، الرسالة ص ١٤٤ .

كان يقرأ فيهما بسبح والغاشية ويجهر بها »[1] ، ولأن كل صلاة بخطبة فالقراءة فيها جهراً كالجمعة والاستسقاء .

فصــل [١٣ - الخطبة بعد صلاة العيد] :

والخطبة فيها بعد الصلاة[2] ، لأن رسول الله ﷺ بدأ فيها بالصلاة قبل الخطبة[3] ، وروي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعليّ رضي الله عنهم[4] ، وقد ذكر فيه خلاف[5] انقطع بتعذر الإجماع بعده .

فصــل [١٤ - هل يجلس الإمام في خطبة العيد إذا صعد المنبر ؟] :

وإذا صعد المنبر ففي جلوسه روايتان[6] : فإذا قلنا : أنه يجلس فاعتباراً بالجمعة لأن من سنة الخطبة الجلوس قبلها ، ولأن كل جلوس في الخطبة سن في الجمعة سن في خطبة العيد أصله الجلوس بين الخطبتين ، ولأن في الجلوس استراحة من تعب الصعود والانتظار للناس أن يأخذوا مجالسهم ، وإذا قلنا : يخطب ولا يجلس فلأنه لا معنى يقتضي جلوسه لأنه يجلس في الجمعة انتظاراً للفراغ من الأذان ، وهذا معدوم في خطبة العيد .

فصــل [١٥ - التكبير أثناء الخطبة في العيدين] :

ويكبر في أضعاف[7] خطبته في العيدين جميعاً ، لأن ذلك مروي عن السلف،

---

(١) أخرجه مسلم في الجمعة ، باب : ما يقرأ في صلاة الجمعة : ٢/٥٩٨ .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٥٥ ، الرسالة ص ١٤٤ .

(٣) أخرجه البخاري في العيدين ، باب : الخطبة بعد العيد : ٢/٥ ، ومسلم في صلاة العيدين ، باب : صلاة العيدين : ٢/٦٠٥ .

(٤) نفسه الحديث السابق ، وما أخرجه البيهقي : ٣/٢٩٦ ، وعبد الرزاق : ٣/ ٢٨٠ ، ٢٨١ ، وابن أبي شيبة : ٢/٦٩ ، ٧٠ .

(٥) روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما أخرا الصلاة وقدما الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة (عبد الرزاق : ٣/٢٨٣ ، ٢٨٤ ، بداية المجتهد : ٤/٢٣٨) .

(٦) انظر : المدونة : ١/١٥٥ ، الرسالة ص ١٤٤ .

(٧) أضعاف : أي أثناء وخلال .

ويكبر الناس بتكبير الإمام [1] ، وقال المغيرة : لا يكبرون بتكبيره وينصتون له ، فوجه قول مالك : أنه مروي عن ابن عباس [2] ، ولا مخالف له ، ولأن التكبير في هذا اليوم مشروع الكافة ، فإذا كبر الإمام كان ذلك منه استدعاء له من الناس، ووجه قول مغيرة إن شروع الإمام في الخطبة يقطع الكلام جملة أصله ما عدي التكبير .

فصــل [١٦ - صلاة النافلة في مصلي العيد] :

ولا يصلي في المصلَّى قبلها ولا بعدها سوى صلاة العيد [3] ، لأنه موضع لا يتكرر فيه الصلاة فلم يكن موضعاً للنافلة ألا ترى أن سائر المساجد لما تكررت الصلاة فيها [4] كانت موضعاً للنافلة ، ولأنه لما بني لصلاة العيد وحدها وجب أن يختص لما بني له ، وروي أن النبي ﷺ صلَّى العيد في المصلَّى فلم يصل قبلها ولا بعدها .

فصــل [١٧ - التكبير أيام التشريق] :

ويكبر خلف الصلوات [5] يبدأ عقيب الظهر من يوم النحر ويقطع عقيب الصبح رابع النحر ، وجملته خمسة عشر صلاة [6] ، وإنما اخترنا ذلك لأن الناس في هذا تبع لأهل مِنَى ، وأول صلاة يكبر الناس عقيبها بمِنَى صلاة الظهر وآخر صلاة يصلونها صلاة الصبح من اليوم الرابع لأنهم ينفرون بعد الزوال .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٥٦ ، التفريع : ١/٢٣٤ ، الرسالة ص ١٤٤ .

(٢) وروي عن عبد الله بن مسعود وأبي هريرة (انظر : البيهقي : ٣/٢٩٩ - ٣٠٠).

(٣) انظر : المدونة : ١/١٥٦ ، التفريع : ١/٢٣٤ ، الكافي ص ٧٧ .

(٤) فيها : سقطت من (ق) .

(٥) هذا التكبير في أيام التشريق .

(٦) انظر : المدونة : ١/١٥٦ - ١٥٧ ، التفريع : ١/٢٣٥ ، الرسالة ص ١٤٥ .

فصـل [١٨ - لفظ التكبير] :

وللتكبير لفظان [١] إن شاء قال : الله أكبر ، الله أكبر ، لا إله إلا الله ، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، وإن شاء قال : الله أكبر ، الله أكبر ، لأن الشرع لم يخص ذلك بلفظ معين ولا بقدر مؤقت ، وهذان اللفظان مرويان عن السلف[٢] فأيما قاله جاز والله أعلم .

* * *

(١) انظر : المدونة : ١/١٥٧ ، التفريع : ١/٢٣٥ ، الرسالة ص١٤٥ .

(٢) عن ابن عمر وابن عباس وجابر وسلمان والحسن البصري وعطاء وغيرهم (انظر البيهقي : ٣/٣١٣ - ٣١٤) .

باب : صلاة الكسوف

وصلاة كسوف الشمس [(١)] سُنَّة مؤكدة [(٢)] ، لأنه صلى الله عليه وسلم صلاها وجمع لها وأمر بها وحض عليها فقال : « إذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة » [(٣)] .

فصــل [١ - مكان صلاة الكسوف] :

وتصلي في المسجد دون المصلى [(٤)] ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يصلها في المصلى ، وإنما صلاها في المسجد [(٥)] ، وكذلك السلف بعده ، وليس فيها أذان ولا إقامة [(٦)] لأنه لم يؤذن له فيها صلى الله وسلم ولم يُقَم ، ولأنها سُنَّة ولا أذان للسنن .

فصــل [٢ - صفة صلاة الكسوف] :

وصفتها [(٧)] أن يكبر للإحرام ، ثم يقرأ بأُم القرآن ، وسورة طويلة ويستحب

---

(١) الكسوف : هو ظلمة أو ذهاب بعض النيرين الشمس والقمر ، وقيل : الخسوف ذهاب الكل والكسوف ذهاب البعض ، وقيل : الكسوف للشمس والخسوف للقمر (المصباح المنير ص ٥٣٤ ، شرح المواق على مختصر خليل : ٢/١٩٩) .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٥١ ، التفريع : ١/٢٣٥ ، الرسالة ص ١٤٦ .

(٣) أخرجه البخاري في الكسوف ، باب : هل يقول : كسفت الشمس . . . : ٢/٢٦، ومسلم في الكسوف ، باب : صلاة الكسوف : ٢/٦١٩ .

(٤) انظر : التفريع : ١/٢٣٥ ، الرسالة ص ١٤٦ ، الكافي ص ٧٩ .

(٥) أخرجه البخاري في الكسوف ، باب : الصلاة في كسوف الشمس : ٢/٢٤ ، ومسلم في باب : صلاة الكسوف : ٢/٦١٩ .

(٦) انظر : التفريع : ١/٢٣٥ ، الرسالة ص ١٤٦ ، الكافي ص ٧٩ .

(٧) في صفة صلاة الكسوف ، انظر : المدونة : ١/١٥١ - ١٥٢ ، التفريع : ١/٢٣٥ - ٢٣٦ ، الرسالة ص ١ - ١٢٤٧ ، الكافي ص ٧٩ ، ٨٠ .

تطويلها ما أمكن ولم يضر بمن خلفه إن كان إماماً ، والقراءة في جميعها سراً ، ثم يركع ركوعاً طويلاً قريباً من طول قراءته ، ثم يرفع رأسه فيقول : سمع الله لمن حمده ، ثم يقرأ بأُم القرآن عند مالك ، ويقرأ بعدها سورة طويلة دون التي قبلها ، وعند محمد بن مسلمة يقرأ السورة ولا يقرأ أُم القرآن [1] ، فإذا فرغ من القراءة ركع وأطال نحواً من قراءته ، ثم رفع ثم سجد سجدتين ، فقيل : كسجود سائر الصلوات ، وقيل : تطويلها كتطويل الركوع ، ثم يقوم : قائماً فيأتي بالركعة الثانية على مثل صفة الركعة الأولى ويتشهد ويسلم ، وإنما اخترنا ذلك ، خلافاً لأبي حنيفة [2] في قوله : أنها ركعتين كسائر الصلوات لحديث عائشة وابن عباس : أن رسول الله ﷺ صلى بخسوف الشمس ، فقام قياماً طويلاً نحواً من سورة البقرة ، ثم ركع ركوعاً طويلاً ثم رفع ، فقام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول ، ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الأُخرى مثل ذلك [3] ، وهذا إنما قلنا بالخبر لأن القياس لا يوجبه .

فصل [٣ - أدلة صفة صلاة الكسوف] :

وإنما اخترنا تطويل القراءة لما روي في الحديث أنه بنحو من سورة البقرة [4] ، وفي الثاني بنحو سورة آل عمران [5] ، وإنما قلنا : أنه يسر القراءة في الصلاة

---

(١) انظر : الكافي ص ٧٩ - ٨٠ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٩ ، مختصر القدوري : ١/ ١١٩ .

(٣) حديث عائشة أخرجه البخاري في الكسوف ، باب : الصدقة في الكسوف : ٢/ ٢٤، ومسلم في الكسوف ، باب : صلاة الكسوف : ٢/ ٦١٨ ، أما حديث ابن عباس فقد أخرجه البخاري في الكسوف ، باب : صلاة الكسوف جماعة : ٢/ ٢٧ ، ومسلم في الكسوف ، باب : ما عرض للنبي ﷺ في صلاة الكسوف : ٢/ ٦٢٦ .

(٤) أخرجه البخاري في الكسوف ، باب : صلاة الكسوف جماعة : ١/ ٢٧ ، ومسلم في الكسوف ، باب : ما عرض للنبي ﷺ في صلاة الكسوف : ٢/ ٦٢٦ .

(٥) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : القراءة في صلاة الكسوف : ١/ ٧٠١ ، والبيهقي : ٣/ ٣٣٥ .

كلها لما روي في الحديث أنه قرأ بنحو من سورة البقرة [1] ، وهذا يدل على أنه أسر ، وقال ابن عباس : كنت وراءه فلم أسمع منه حرفاً [2] ، وفي حديث سمرة بن جندب قال : صلى بنا رسول الله ﷺ فقام بنا كأطول ما قام بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً [3] .

ووجه القول بإعادة أُم الكتاب بعد الرفع الأول من الركعة الأولى أنها قراءة يتعقبها ركوع فكان فيها قراءة أُم القرآن في سائر الصلوات ، ولأنها قراءة مستأنفة من أصل بنية الصلاة فوجب أن يتقدمها أُم الكتاب اعتباراً بالركوع الأول ، ووجه القول بأنها لا تعاد أنها ركعة واحدة لأن الركوعين في حكم ركوع واحد وكذلك القراءتان في حكم قراءة واحدة ، فإذا ثبت ذلك فالركعة الواحدة لا يقرأ فيها بأم القرآن إلا مرة واحدة اعتباراً بسائر الصلوات .

ووجه القول بأنه لا يطيل السجود أن هذه الصلاة لما خالفت بنية سائر الصلوات وجب أن يقتصر فيها على قدر ما ورد به الخبر ، وليس في الأخبار إلا تطويل القراءة والركوع دون السجود فلم يتعد إلى غيره .

ووجه القول الآخر هو أن السجود من حقه أن يكون بمثابة [4] الركوع في اللبث اعتباراً بسائر الصلوات .

فصل [٤ – وقت صلاة الكسوف] :

في وقتها ثلاث روايات [5] :

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) أخرجه أحمد : ١/ ٣٥٠ ، والطبراني في الكبير وأبو نعيم (مجمع الزوائد : ٢/٢٠٧) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : صلاة الكسوف : ١/٤٠٢ ، الترمذي في الصلاة ، باب : صلاة الكسوف : ٢/٤٥١ ، وقال : حديث حسن صحيح ، وصحّحه الحاكم ، وقال : على شرط الشيخين : ١/ ٣٣٠ .

(٤) في (م) : يشابه .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٥١ ، التفريع ص ٢٣٦ ، الكافي ص ٧٩ .

إحداها : أنها تصلي في كل الأوقات ، ووَجهها قوله صلى الله عليه وسلم : «إذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة » [١] ، فعم ولم يخص ولأنها لما خالفت سائر النوافل في البنية جاز أن يتأكد فعلها في الوقت .

والثانية : أنها لا تصلى بعد العصر ووجهها نهيه صلى الله عليه وسلم عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ، ولم يخص ، ولأنها صلاة نفل فكانت ممنوعة بعد العصر كسائر النوافل .

والثالثة : أنها تصلي ما لم تزل الشمس ووجهها أنه صلى الله عليه وسلم صلاها في هذا الوقت [٢] ، ولأنها صلاة نفل يتعقبها ذكر وعظه [٣] ، فكان وقتها ما لم تزل الشمس أصله صلاة العيدين والاستسقاء .

فصـل [٥ - تذكير ووعظ الناس بعد الفراغ من الصلاة] :

إذا فرغ الإمام من الصلاة ذكَّر الناس ووعظهم من غير خطبة مرتبة [٤] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٥] ، لأنه لم يرو أنه صلى الله عليه وسلم خطب لها ، ولأن من سُنَّة كل صَلاة بخطبة أن يجهر فيها بالقراءة ، وصلاة الكسوف يسر فيها القراءة ، فدل أنه لا خطبة فيها .

فصـل [٦ - لا يصلي جماعة لخسوف القمر] :

ولا يجمع لخسوف القمر ويصلي الناس لنفوسهم أفراداً كسائر النوافل [٦]

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) لم أعثر على تخريج هذا الخبر .

(٣) في (م) : موعظة .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٣٦ ، الرسالة ص ١٤٧ ، الكافي ص٨٠ .

(٥) في كتب الأحناف ليس في الكسوف خطبة (مختصر القدوري : ١/ ١٢٠ ، مختصر الطحاوي ص ٣٩ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ١٨٣ ، أما عند الشافعية فهي ثابتة (الأم : ١/ ٢٤٥، الإقناع ص ٥٥) .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٥٢ ، التفريع: ٨/ ٢٣٧ ، الرسالة ص١٤٧ ، الكافي ص٨٠

خلافاً للشافعي في قوله : إن من سنتها أن يجمع لها [1] ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يصلها في جماعة ولا دعا إلى ذلك ، ولأنها تكون ليلاً في وقت تلحق المشقة في الاجتماع لها ، وبهذا فارقت كسوف الشمس .

فصل [٧ - بم تدرك صلاة الكسوف ؟] :

ومن أدرك من صلاة كسوف الشمس الركوع الثاني من الركعة الأولى ، فقد أدرك الصلاة ولا يقضي شيئاً [2] ، وفوات الركوع الأول كفوات القراءة ولو فاتته القراءة الأولى بأسرها والركوع الأول من الركعة الثانية كان مدركاً للثانية بإدراك الثاني منها وقضى الركعة الأولى بركوعها دون ما فاته من الثانية .

* * *

(١) انظر : الأم : ١/٢٤٢ ، مختصر المزني ، الإقناع ص ٥٥ .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٥٢ ، التفريع ص ٢٣٦ .

باب : صلاة الاستسقاء

صلاة الاستسقاء [١] سُنَّة [٢] ، فإذا تأخر المطر واحتيج إليه خرج الإمام بالناس إلى المصلى متواضعين متخشعين ، فيصلي بهم صلاة الاستسقاء ، وهي ركعتان كسائر الصلوات يكبر فيها تكبيرة واحدة للإحرام ، ثم يقرأ بأم القرآن وسورة مثل الأعلى والليل ونحوهما جهراً ، فإذا سلم صعد على المنبر متوكئاً على قوس أو عصى كالجمعة والعيدين ، ويجلس إذا أخذ الناس مجالسهم قام وخطب وأكثر من الاستغفار في خطبته ، ثم يجلس ثم يقوم فيخطب ، فإذا فرغ استقبل القِبْلة وحول رداءه ، فجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه ، وليس عليه تنكيسه ، ثم يستسقي الله تعالى ويدعوه بما تيسر له والناس جلوس فإذا تم [٣] ينزل وينصرف [٤] .

وقال أصبغ : إذا شرف على فراغه من الخطبة الآخرة حول وجهه إلى القِبْلة على غير ما وصفناه ، فإذا فرغ من الدعاء عاد بوجهه إلى الناس فأتم بهم الخطبة ثم نزل ولا يكبر فيها سوى تكبيرة الإحرام وتكبير الخفض والرفع المعتاد في سائر الصلوات ، ولا أذان فيها ولا إقامة ولا بأس بتكرار الخروج [٥] إذا احتيج إليه .

---

(١) الاستسقاء : في كلام العرب الاستدعاء وهو طلب السقي (غرر المقالة ص ١٤٨ ، ومواهب الجليل : ٢/٢٠٥) .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٥٣ ، التفريع : ١/٢٣٩ ، الرسالة ص١٤٨ .

(٣) فإذا تم : سقطت من (ق) .

(٤) انظر في صفة صلاة الاستسقاء : المدونة : ١/١٥٣ - ١٥٤ ، التفريع : ١/٢٣٩، الرسالة ص١٤٨ ، الكافي ص ٨٠ ، ٨١ .

(٥) أي بتكرار الخروج إلى المصلى لأن من سُنَّته إقامتها أن تكون في الجبانة لتسع الناس كصلاة العيد .

ولا يمنع المتجالات من النساء [1] الخروج وليس على الناس صيام قبل الاستسقاء ولا يمنع من أراد ذلك .

فصـل[١ - دليل سنية الاستسقاء] :

وإنما قلنا صلاة الاستسقاء سُنَّة ، خلافاً لما يحكي عن أبي حنيفة أنها بدعة [2] لما روي معمر [3] عن الزهرى [4] عن عباد بن تميم [5] عن عمِّه: « أن رسول الله ﷺ خرج بالناس يستسقي فصلى بهم ركعتين جهر بالقراءة فيها وحول رداءة فدعى واستسقى واستقبل القِبْلَة » [6]، ورواه ابن عباس [7]، وأبو هريرة [8]، وأنس [9]،

---

(١) وهن اللائي لا إرب للرجال فيهن .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص٣٩ ، مختصر القدوري : ١/ ١٢٠ .

(٣) معمر : بن راشد الأزدي مولاهم ، أبو عروة البصري نزيل اليمن ثقة ، ثبت فاضل من كبار السابعة (ت ١٥٤ هـ) (تقريب التهذيب ص ٥٤١) .

(٤) الزهري : هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث بن زهرة بن كلاب القرشي الزهري : الفقيه ، الحافظ ، متفق على جلالته وإتقانه وهو من رؤوس الطبقة الرابعة (ت ١٢٥ هـ) (تقريب التهذيب ص ٥٠٦ ، تذكرة الحُفَّاظ : ١/ ١٨٠) .

(٥) عباد بن تميم : بن غزية الأنصاري المازني المدني ، ثقة من الثالثة ، وقد قيل : إن له رؤية (تقريب التهذيب ص ٢٨٩) .

(٦) أخرجه البخاري في الاستسقاء ، باب : الجهر بالقراءة في الاستسقاء : ٢/ ٢٠ .

(٧) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : الاستسقاء : ١/ ٦٨٩ ، والنسائي في الاستسقاء، باب : الحال التي يستحب للإمام أن يكون عليها : ٣/ ١٢٦ ، وابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : ما جاء في صلاة الاستسقاء : ١/ ٤٠٣ ، والترمذي في الصلاة ، باب : ما جاء في صلاة الاستسقاء : ٢/ ٤٤٥ ، وقال : حديث حسن صحيح .

(٨) أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة ، باب : ما جاء في صلاة الاستسقاء : ١/ ٤٠٣، وأحمد : ٢/ ٣٢٦٦ ، وسنده ضعيف لضعف النعمان بن راشد .

(٩) أخرجه البخاري في الاستسقاء ، باب : الاستسقاء على المنبر : ٢/ ١٧ - ١٨ ، ومسلم في الاستسقاء ، باب : الدعاء في الاستسقاء : ٢/ ٦١٢ .

وجابر [1] ، ولأن الخطبة في الأصول في العبادات لا تكون إلا مقارنة لصلاة كخطبة العيدين والجمعة .

فصل [٢ - الدليل على خروجهم متواضعين متخشعين] :

وإنما قلنا : إنهم يخرجون متواضعين متخشعين لما رواه ابن عباس : « أن رسول الله ﷺ خرج في الاستسقاء متواضعاً متخشعاً متضرعاً متبذلاً وصلى ركعتين » [2] ، ولأنها صلاة تفعل عند المحل والجدب طلباً للفرج وزوال الشدة وسؤالاً للغيث والرحمة ، فيجب أن يكون ذلك بتضرع وخشوع وتواضع وخضوع ، لأن ذلك شأن الداعي السائل والراغب الطالب ، وتفارق صلاة العيد لأن الغرض بها إظهار الشرع والإبانة على جماله والفخر به على المشركين .

فصل [٣ - الدليل على أن لا أذان ولا إقامة في الاستسقاء] :

وإنما قلنا : أنه لا أذان فيها ولا إقامة لأنه لم ينقل أنه أُذِّن فيها للنبي ﷺ ولا أقيم ، ولأنها صلاة مسنونة كالعيدين والخسوف .

فصل [٤ - دليل التكبير في الاستسقاء] :

وإنما قلنا : أنه يكبر فيها تكبيرة الإحرام فقط ، ولا يزيد على تكبير سائر الصلوات خلافاً للشافعي في قوله : إنه يكبر سبعاً في الأولى وخمساً في الثانية [3] ، لما روي : أنه صلى الله عليه وسلم استسقى فصلى ركعتين وكبر واحدة [4] ، وهذا نص ، ولأنها صلاة في غير عيد فلم يزد في تكبيرها كسائر الصلوات ، ولأنها صلاة لم توضع لأجل نسك كالجمعة .

---

(١) حديث جابر أخرجه الطبراني في الأوسط ، وفيه موسى بن محمد بن محمد بن إبراهيم الحارث التميمي وهو ضعيف (مجمع الزوائد : ٢/٢١٦) .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) انظر : الأم : ١/٢٤٩ ، مختصر المزني ص ٣٣ ، الإقناع ص ٥٥ .

(٤) قال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه مجاشع بن عمرو ، قال ابن معين: قد رأيته أحد الكذابين (مجمع الزوائد : ٢/٢١٦) .

فصـل [٥ - دليل الجهر بالقراءة فيها] :

وإنما قلنا : أنه يجهر بالقراءة فيها لأن النبي ﷺ كذلك فعل [١] ، ولأنها صلاة ذات خطبة لنفسها كالجمعة والعيدين .

فصـل [٦ - دليل تقديم الصلاة على الخطبة في الاستسقاء] :

وإنما قلنا : أنه يقدم الصلاة على الخطبة ، خلافاً لما يحكي عن ابن الزبير [٢] إن صح [٣] ، لأن ذلك هو المنقول عن (النبي ﷺ) [٤] ، ولأنها صلاة مسنونة بخطبة فكانت الخطبة بعدها كالعيدين .

فصـل [٧ - الدليل على أن الإمام يخطب متوكئاً على قوس أو عصي] :

وإنما قلنا : إن الإمام يخطب متوكئاً على قوس أو عصى لأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك في الجمعة والعيدين [٥] ، والمعنى فيه أن الإمام يطول قيامه فيحتاج إلى استراحة واعتماد ، أو خوف من أن يأخذه الدوار وما لا يؤمن معه سقوط وبالاعتماد يأمن ذلك .

فصـل [٨ - دليل تحويل رداء الإمام] :

وإنما قلنا : إن الإمام يُحوِّل رداءه خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن ذلك ليس من

---

(١) كما جاء في حديث البخاري الذي سبق .

(٢) ابن الزبير : هو عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي ، وأبو جنيب كان أول مولود في الإسلام بالمدينة من المهاجرين ، ولي الخلافة تسع سنين إلى أن قتل في ذي الحجة سنة ثلاث وسبعين (تقريب التهذيب : ٣٠٣) .

(٣) روي ذلك عنه ، وعن عمر ، وأبان بن عثمان ، وهشام بن إسماعيل وغيرهم (انظر المجموع : ٨٥/٥ ، المغني : ٤٣٣/٢) .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ق) ، وأما تقديم الصلاة على الخطبة فأخرجه ابن ماجه وغيره من حديث أبي هريرة الذي سبق .

(٥) أخرجه أبو داود في الصلاة ، باب : يخطب على قوس : ٦٥٨/١ ، وإسناده حسن (تلخيص الحبير : ٦٥/٢) .

السنة [1] ، لأنه صلى الله عليه وسلم حوَّل رداءه فجعل يمينه على شماله وما على شماله على يمينه [2] ، وقيل : إنما فعل ذلك تفاؤلاً ورجاء لانقلاب حالهم عن الشدة إلى الرخاء وعن الجدب [3] إلى الخصب فثبت كون ذلك سنة لفعله له.

فصـل [٩ - الدليل على أن التنكيس ليس سُـنَّة] :

وإنما قلنا : إن التنكيس ليس بسنة ، لأنه لم يرو من فعله ، والقدر الذي روي تحويل الرداء فلا يقاس عليه غيره .

فصـل [١٠ - الدليل في تحويل وجه الإمام إلى القِبْلة] :

وإنما قلنا : إنه يُحوِّل وجهه إلى القِبلة بعد الفراغ فيدعوا ، لأن النبي ﷺ كذلك فعل [4] ، ووجه قول مالك إنه يفعل ذلك بعد الفراغ من الخطبة الثانية هو أنه لا يجوز له قطع الخطبة شيء يتشاغل به عن أمور تلك العبادة سواها اعتباراً بالعيدين والجمعة ، لأنه ليس له قطعها لصلاة ولا أذان ولا لغير ذلك بل من سنتها الاتصال والانتظام ، ولأنها إحدى خطبتي الاستسقاء ، فوجب ألا تقطع لما سواها كالأولى .

ووجه قول أصبغ هو أن السُّنَّة في الاستسقاء خطبتان لا زيادة عليهما ، فإذا أتى بالدعاء بعدهما كان ذلك زيادة على الخطبتين لأن الدعاء حينئذ منفرد له حكم نفسه ، فإذا أتى به في تضاعيفهما لم يكن له حكم نفسه ، بل كان نقصاً [5] لهما والله أعلم .

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٤٠ ، مختصر القدوري : ١٢١/١ .
(٢) سبق تخريج الحديث في أول باب الاستسقاء .
(٣) الجدب : هو انقطاع المطر ويبس الأرض (المصباح المنير ص ٩٢) ، وبخلافه الخصب .
(٤) سبق تخريج الحديث في أول باب الاستسقاء .
(٥) في (م) : بعضاً لهم .

فصل [١١ - الدليل على تكرار الخروج للاستسقاء] :

وإنما قلنا : لا بأس بتكرار الخروج لأن الخروج إنما احتيج إليه لتأخر المطر والحاجة إليه والرجاء من الله تعالى إجابة الدعاء بالغياث ، وما دامت الحاجة قائمة ، فالمعني موجود ، وقد روي : « أن الله يحب الملحين في الدعاء » (١) .

فصل [١٢ - الدليل على منع النساء المتجالات من الخروج للاستسقاء] :

وإنما قلنا : إنه لا يمنع النساء المتجالات من الخروج لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » (٢) ، وليس ذلك بمقصور على المساجد وحدها بل أراد الصلاة في مواضعها ، ولأن بهن حاجة إلى ذلك كالرجال ، ولأن الدعاء يشترك فيه الناس كلهم والكل مندوبون إليه ، وبخلاف ذلك المرأة الشابة والمخوف عليها أو منها الفتنة للجمال فكانت صيانتها في منع الخروج أولى .

فصل [١٣ - الصيام قبل الاستسقاء] :

فأما الصيام قبل الاستسقاء ، فلم يرد شرع به ، فإن فعل كان ذلك جائزاً لأنه قربة وفعل خير ، وكل ما زاد الإنسان في فعل القرب فأكثر منها كان أقرب له إلى الإجابة وأدى إلى إجابة طلبه والله أعلم .

تم كتاب الصلاة والحمد لله رب العالمين

* * *

---

(١) أخرجه الطبراني وأبو الشيخ والقضاعي من حديث بقية عن الأوزاعي عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعاً (المقاصد الحسنة ص ١١٤) .

(٢) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : خروج النساء إلى المساجد : ١/ ٣٢٧ .

كتاب الجنائز

باب : صفة غسل الميت [1]

صفة غسل الميت كصفة غسل الجنابة [2] ، والغرض به التنظيف وإزالة الأذى عنه على الميسور ، ويستحب أن يكون وتراً ثلاثاً أو خمساً أو أكثر ، على ما يحتاج إليه في اجتهاد الغاسل ، بماء وسدر [3] وأن يكون في الآخرة كافوراً [4] ويستر عورته وينزع ثيابه ، ولا يفضي بيده إلى عورته إلا وعليها خرقة إلا أن يكون هناك مما يحتاج إلى مباشرته بيده ، ويعصر بطنه عصراً رقيقاً إن احتيج إلى ذلك ، ولا يقلم له ظفر ولا يحلق له شعر .

فصــل [١ -] فصل غسل الميت ومواراته والصلاة عليه [5] :

وإنما قلنا : إن الغرض به التنظيف من غير حد سوى أن المستحب فيه الوتر لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابنته : « اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو أكثر من ذلك إن رأيتن ذلك » [6] ، فوكله إلى اجتهادهن وإلى ما يرين من الحاجة إلى التنظيف .

---

(١) ذكر الباب سقط من (ق) .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٦٧ ، التفريع : ١/ ٣٧٠ ، الرسالة ص١٤٩ ، الكافي ص ٨٢ - ٨٣ .

(٣) السدر : هو النبات اللين له رائحة ذكية ، وقيل : السدر النبق وورقه غسول (غرر المقالة ص١٤٩) .

(٤) الكافور : نوع من الطيب (الصحاح : ٢/٨٠٨) .

(٥) عنوان هذا الفصل من (م) .

(٦) أخرجه البخاري في الجنائز ، باب : غُسل الميت ووضوئه : ٢/٧٣ ، ومسلم في الجنائز ، باب : غُسيل الميت : ٢/٦٤٧ .

وإنما قلنا : يكون بستر عورته لأنه لما وجب سترها وهو حي فكذلك بعد الموت ، لأن حرمته باقية كهي في حال الحياة ، وروي أن محمد بن سيرين [١] غسل أنس بن مالك ، فلما بلغ إلى عورته قال لأهله : أنتم أحق دونكم فاغسلوها [٢] ، فجعل الذي غسلها على يده خرقة وجعل على عورته ثوباً ثم غسل عورته من تحت الثياب .

وإنما قلنا : ينزع ثيابه خلافاً للشافعي [٣] في قوله : إنه يغسل في القميص ، لأن ذلك أمكن في غسله وأبلغ في تنظيفه وأعون لغاسله علي ما يريده من ذلك.

وإنما قلنا : إنه إن احتاج إلى مباشرة عورته بيده فعل ، فلأن تلك حال ضرورة، والضرورات تنقل الأصول عن بابها ، وتغير موجباتها للحاجة إلى إزالة ما تدعو الضرورة إلى إزالته .

وإنما قلنا : إنه يعصر بطنه عصراً رقيقاً ، فلأنه لا يؤمن أن يخرج منه شيء فيلطخ أكفانه وتنتهك بذلك صيانته ويزول المعنى المطلوب بتكرار غسله من المبالغة في تنظيفه ، وقد روي ذلك عن السلف .

وإنما قلنا : لا يقلم له ظفر ولا يحلق له شعر خلافاً للشافعي في استحبابه لذلك [٤] ، ولأحمد بن حنبل في قوله : بحلق عانته وتقليم أظفاره [٥] ، لأن الأصل ألا يفعل في الميت شيء إلا بشرع ، ولم يرد شرع بذلك ، ولأنه إزالة شيء متصل به خلقة بدنة فأشبه الختان .

---

(١) محمد بن سيرين : أبو بكر محمد بن سيرين البصري مولى أنس بن مالك ، إمام وقته بالبصرة ، وكان فقيهاً غزير العلم ثقة ثبتاً علامة في التعبير رأساً في الورع (ت ١١٠ هـ) (انظر تذكرة الحُفَّاظ : ١/ ٧٨١) .

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (مجمع الزوائد : ٥/ ٢١) .

(٣) انظر : الأم : ١/ ٢٨١ ، المهذب : ١/ ١٢٨ .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ٣٦ .

(٥) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١٣٤ .

فصـل [٢ - جواز أن يغسل كل من الزوجين صاحبه] :

ويغسل كل واحد من الزوجين صاحبه ، فأما غسل المرأة زوجها فلا خلاف فيه[١] ، والأصل فيه : « أن أبا بكر رضي الله عنه أوصى أن تغسله أسماء بنت عميس »[٢] ، « وغسلت أبا موسى الأشعري امرأته »[٣] ، وقالت عائشة رضي الله عنها : « لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرناه ما غسل رسول الله ﷺ إلا أزواجه »[٤] ، ولم ينكر عليها أحد ذلك ، ولأن الغسل لما كان فيه اطلاع على العورة والبدن والمغايب[٥] لم يكن بذلك أحد أولى من الزوجة .

فصـل [٣ - الرجل يغسل زوجته] :

وإنما قلنا : إن للرجل أن يغسل زوجته خلافاً لأبي حنيفة[٦] ، لأن علياً غسل فاطمة رضي الله عنهما[٧] ، ولم ينكر لذلك أحد ، ولأن زوال الزوجية بالموت لا يمنع أن يغسل الحي منهما الميت أصله إذا مات الزوج ، ولأن كل معنى لم يحرم نظر الزوجة إلى الزوج لم يحرم نظره إليها اعتباراً بالأصول كلها كالمرض[٨] ، وغيره .

---

(١) انظر : الإجماع ص ٤٦ ، المغني : ٢/٤٣٦ ، المحلي : ٥/٢٥٦ ، نيل الأوطار : ٤/٢٧ .

(٢) البيهقي : ٣/٢٩٧ ، وأسماء بنت عميس هذه : أسماء بنت عميس بن معبد بن الحارث ، أم عبد الله بن جعفر من المهاجرات الأول ، تزوج بها عليّ بن أبي طالب بعد أن مات زوجها أبو بكر الصِّدِّيق ، ولقد عاشت بعد عليّ (انظر : الاستيعاب : ٤/١٧٨٤ ، والإصابة : ١٢/١١٦) .

(٣) البيهقي : ٣/٣٩٧ .

(٤) أخرجه أبو داود في الجنائز ، باب : في ستر الميت عند غسله : ٣/١٩٦ ، وابن ماجه في الجنائز ، باب : ما جاء في غسل الرجل امرأته وغسل المرأة زوجها : ١/٤٧٠ ، والحاكم في المستدرك : ٣/٥٩ ، وقال : صحيح على شرط مسلم .

(٥) في (م) : المغابن وهي الأرفاغ والآباط (المصباح المنير ص ٤٤٢) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤١ .

(٧) البيهقي : ٣/٣٩٦ .

(٨) في (م) : كالمريض .

فصل [٤ - الرجل يغسل أمته] :

ويغسل الرجل أَمته ومدبرته وأم ولده وكل من يستبيحه إلى حين الموت [١] فهي بمنزلة الزوجة ، والعِلَّة ما ذكرناه من جواز الاطلاع على العورة حين الموت.

فصل [٥ - نهي الرجل أن يغسل مبتوتته] :

ولا يجوز أن يُغَسِّل الرجل مبتوتته منه وإن ماتت في عدتها ، ولا تغسله هي إن مات [٢] ، لأن العصمة منقطعة بينهما في الحياة كالأجانب ، ولأنه لما لم يجز لأحدهما الاطلاع على عورة الآخر في الحياة فكذلك بعد الموت ، لأن عِلَّة جواز ذلك في الموت هو استدامة جوازه حال الحياة إلى الموت .

فصل [٦ - غسل الرجل مطلقته الرجعية] :

وعنه في المطلقة الرجعية روايتان [٣] : إحداهما أن أحدهما يغسل الآخر إذا مات في العدة ، والأخرى أنه لا يغسله ، فوجه الجواز أن أحكام الزوجية باقية بينهما إلى الموت بدليل لحوق الإيلاء والظهار والنفقة وثبوت التوارث فكانت كالمرتجعة ، ووجه المنع فلأن الاستمتاع بها والنظر إليها كان محرماً في الحياة ، فكذلك بعد الموت لأن عِلَّة جواز ذلك في الموت استدامة جوازه في حال الحياة ولم يحصل ما يزيل المنع من الارتجاع فأشبه المبتوتة .

فصل [٧ - غسل ذوي المحارم والأجانب] :

ويجوز أن تغسل المرأة ذوي محارمها من الرجال من وراء ثوب إذا لم يكن معهم من يغسلهم من الرجال ، وكذلك الرجل يغسل ذوات محارمه من النساء إذا لم يحضر من النساء من يغسلهن [٤] ، لأن نظر بعضهم إلى أبدان بعض جائز، ألا ترى أن السفر جائز معهم ، فأما الأجنبية إذا ماتت في سفر ولم

---

(١) ، (٢) انظر : المدونة : ١/ ١٦٧ ، التفريع : ١/ ٣٧١ ، الكافي ص ٨٢ - ٨٣ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٦٧ ، التفريع : ١/ ٣٧١ ، الكافي ص ٨٢ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٦٧ - ١٦٨ ، التفريع : ١/ ٣٧١ - ٣٨٢ ، الرسالة ص ١٥٠ .

يحضرها إلا رجال أجانب ، فإن من حضرها من الرجال ييممها يمسح وجهها وكفيها ، والرجل إذا مات ولم يحضره إلا نساء أجانب يممنه : فمسحن وجهه ويديه إلى المرفقين [1] ، لأن ما زاد على كف المرأة إلي الذراع عورة فليس للأجنبي الاطلاع عليه ، وبدن الرجل ليس بعورة فجاز ألا يبلغن بالتيمم غايته ، وإنما قلنا : أن كل واحد من هؤلاء ييمم لأن التيمم قد جعل في الشرع بدلاً من الغسل عند تعذره ، فلما تعذر الغُسل في هذا الموضع لتحريم النظر إلى بدن الأجنبي قام التيمم مقامه .

فصـل [٨ - استحباب الاغتسال لمن غسل ميتاً] :

ويستحب لمن غسل ميتاً أن يغتسل لما روي أن رسول الله ﷺ قال : « من غسل ميتاً فليغتسل » [2] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم أمر علياً أن يغتسل لما غسل أباه [3] ، والمعنى في ذلك أن الغاسل ربما خاف أن ينتضح عليه من الماء الذي يصيب بدن الميت فقطعه ذلك عن الانبساط والمبالغة فيه ، فإذا علم أنه يغتسل زال عنه ذلك .

فصـل [٩ - الكافر لا يغسل] :

ومن مات له نسيب كافر أب أو غيره فلا يغسله ولا يلي شيئاً من أمره [4] إلا أن لا يكون من أهل دينه من يكفيه ذلك فيواريه ، لأن الغُسل تابع للصلاة فلما لم يصل عليه لقطع [5] الولاية بينهما لم يغسله ، ولأن غسل الميت تطهير له والكافر ليس من أهل التطهير .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٦٨ ، التفريع : ١/٣٧٢ ، الرسالة ص ١٥٠ .

(٢) أخرجه الترمذي في الجنائز ، باب : ما جاء الغُسل من غسل الميت : ٣/٢١٩ ، وقال : حديث حسن ، وصححه ابن حزم في المحلي : ٢/٣٢ ، وابن حبان والذهبي (الهداية تخريج أحاديث بداية المجتهد : ١/٤٢٢) .

(٣) أخرجه البيهقي : ١/٣٠٤ ، والحديث فيه ناجيه بن كعب الأسدي لم تثبت عدالته عند صاحبي الصحيح .

(٤) المدونة : ١/١٦٨ ، التفريع : ١/٣٧٠ ، الرسالة ص ١٥١ .

(٥) في (ق) : لتقطيع .

باب : كفن الميت وحنوطه ومؤونة الدفن [1]

والكفن والحنوط [2] ومؤنة الدفن من رأس المال [3] لأن ستر الميت وكفنه وصيانته حق لله تعالى ، وحقوق الله مقدمة لا يجوز تركها ولا التراض بإسقاطها، ألا ترى أن الميت لو وصى بألا يكفن وأن يدفن عرياناً لم يكن له ذلك ، فإنه لو لم يخلف كفنا لوجب على المسلمين تكفينه ، ولأن حرمته كحرمة الحي ، فلما لم يجز أن ينزع من الحي كسوته التي لا بد منها فكذلك من الميت ، ولأن الميت مالك لقدر الكفن والحنوط من ماله بدليل أنه لا يجوز له منعه منه ، ولأن ما يتعلق بحاجته بعد موته كحاجته في حياته ، فلما كان في حاجته أولى الناس بماله فيما يحتاج إليه فكذلك بعد موته .

فصـــل [١ - إذا كان الكفن مرتهناً] :

فإن كان الكفن مرهوناً فالمرتهن أولى لأنه بحيازته إياه قد صار حقه سابقاً لحال الميت لتعلق العوض به [4] ، والعين إذا تعلق بها حقان : أحدهما بعوض ، والآخر بغير عوض كان ما يتعلق بالعوض مقدماً على الآخر ، كالدين والزكاة والوصية .

فصـــل [٢ - القدر المطلوب من الثياب للكفن] :

وليس في الكفن حد لأن الغرض به ستر الميت وصيانته ، ويستحب الوتر [5]

---

(١) التعريف من (م) ،

(٢) الحنوط : كل ما يطيب له الميت من مسك وصندل وعنبر وكافور وغير ذلك مما يذر عليه تطييباً له وتجفيفاً لرطوبته (المصباح المنير ص ١٥٤) .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٢ ، الكافي ص ٨٣ .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٢ ، الكافي ص ٨٣ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٢ ، الرسالة ص ١٥٠ ، الكافي ص ٨٣ .

لأن رسول الله ﷺ كفن في وتر وهو ثلاثة أثواب [١] ، وكفن ابن عمر ابناً له في خمسة أثواب [٢] .

فصـل [٣ - جواز الكفن اللبيس] :

ويجوز في الكفن اللبِّيس [٣] ، لأن أبا بكر رضي الله عنه أمر أن يكفن في ثوب من ثيابه التي يلبسها وقال : الحي أحق بالجديد ، وإنما هو للمهنة والصديد[٤] ، ولأن الغرض ستر الميت وصيانته دون المفاخرة والزينة .

فصـل [٤ - البياض في الكفن] :

البياض في الكفن أحب إلينا من غيره [٥] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «خير ثيابكم البياض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم » [٦] ، ولأنه لما كان هو المستحب من اللباس في الدنيا ، فكذلك بعد الموت .

فصـل [٥ - تحنيط الميت بالمسك والعنبر] :

ويحنط بالمسك والعنبر ، وكل طيب يجوز التطيب به للحي ، فيجوز أن يحنط به الميت [٧] ، وذلك : « أن رسول الله ﷺ حنط بالمسك » [٨] ، وحنط عمر

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز ، باب : الثياب البيض للكفن : ٢/ ٧٥ ، ومسلم في الجنائز ، باب : في كفن الميت : ٢/ ٦٤٩ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق : ٣/ ٤٢٤ .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٢ ، الرسالة ص ١٥٠ ، الموطأ : ١/ ٢٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري في الجنائز ، باب : موت يوم الاثنين : ٢/ ١٠٦ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٢ ، الرسالة ص ١٥٠ ، الكافي ص ٨٣ .

(٦) أخرجه أبو داود في اللباس ، باب : في البياض : ٤/ ٥١ ، وابن ماجه في اللباس، باب : في البياض : ٢/ ١١٨١ ، والترمذي في الجنائز ، باب : ما يستحب من الأكفان : ٣/ ٣١٠ ، وقال : حسن صحيح .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ١٦٨ ، التفريع : ١/ ٣٧٢ ، الرسالة ص ١٥١ ، الكافي ص٨٤ .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة : ٣/ ٥٦ ، والحاكم : ١/ ٣٦١ .

رضي الله عنه بالكافور [1] ، ووصى عليّ رضي الله عنه أن يجعل في حنوطه مسك وقال : وهو فضل حنوط النبي ﷺ [2] ، ويستحب أن يجعل الحنوط في مفارقه ومفاصله ومواضع سجوده ، لأن هذه المواضع أشرف ما في جسده ، وقد قال تعالى : ﴿ سيماهم في وجوههم من أثر السجود ﴾ [3] ، وقال : ﴿ وعنت الوجوه للحي القيوم ﴾ [4] .

* * *

---

(١) ابن أبي شيبة : ٣/ ٢٥٧ .

(٢) البيهقي : ٣/ ٤٠٦ .

(٣) سورة الفتح ، الآية : ٢٩ .

(٤) سورة طه ، الآية : ١١١ .

باب : وقت الصلاة على الجنائز [1]

والصلاة على الجنائز جائز في كل وقت إلا عند طلوع الشمس ، وعند غروبها[2] ، لأنها لما لم يكن لها وقت راتب كأوقات الفرائض المرتبة جازت في جميع الأوقات ، وكرهت عند طلوع الشمس وغروبها لنهي النبي ﷺ عنها في هذين الوقتين بنهيه عن الصلوات فيهما عموماً [3] ، ويجوز أن يصلي عليها بعد العصر ما لم تصفر الشمس لأنها آكد من النفل لكونها من خير الفروض ، وإن لم تكن على الأعيان ، وهذا إذا أمن تغيرها ، فإن خيف ذلك صلى عليها أي وقت كان ، لأن النهي مضمَّن بالسلامة والأمن من هتك الحرمة ، فإذا لم يؤمن ذلك زال المنع ، ولأنه لو منع ذلك مع الخوف لم يخل من أحد أمرين : إما أن يدفن بغير صلاة وذلك ممنوع ، أو أن ينتظر به ذهاب هذه الأوقات فيؤدي إلى هتك الحرمة ، وذلك ممنوع أيضاً فلم يبق إلا ما قلناه .

فصل [١ - حكم الصلاة على الجنائز] :

والصلاة على الجنائز من فروض الكفايات [4] ، خلافاً لأصبغ وغيره في قوله: أنها سُنَّة [5] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « صلوا على موتاكم » [6] وقوله :

---

(١) عنوان الباب من (م) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٧١ ، التفريع : ١/ ٣٦٧ ، الكافي ص ٨٤ .

(٣) سبق ذكر النهي عن الصلاة في هذين الوقتين مع تخريج حديثه .

(٤) في التفريع قال مالك والصلاة على الجنائز واجبة (١/ ٣٦٧) .

(٥) انظر : المقدمات : ١/ ٢٣٤ .

(٦) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر بهذا اللفظ ، لكن في الدارقطني : ٢/ ٥٧ بلفظ : «صلوا على كل ميت » ، وفي البخاري : « صلوا على صاحبكم » في الجنائز ، باب : سنة الصلاة على الجنائز : ٢/ ٨٩ .

« صلوا على من قال : لا إله إلا الله » [1] ، وقوله : « حق المسلم على المسلم ثلاث فذكر : ويصلي عليه إذا مات » [2] ، ولأن ذلك متعلق بالموالاة وحرمة [3] الدين .

فصـل [٢ - التكبير في صلاة الجنازة] :

والتكبير فيها أربع [4] ، « لأن النبي ﷺ صلّى على النجاشي فكبر أربعاً »[5] وروي : « أنه صلى على قبر مسكينة فكبر أربعاً » [6] ، وصلى عليّ رضي الله عنه على يزيد بن المكفف فكبر أربعاً [7] ، ولأن التكبير في صلاة الجنازة أقيم مقام الركعات في الصلوات ، فجعل عدده كأكثر أعداد الركعات وهو أربع .

فصـل [٣ - إحرام وتحليل صلاة الجنازة] :

ولها إحرام وتحليل ، فالإحرام هو التكبيرة الأولى والتحليل هو السلام [8] ،

---

(١) أخرجه الدارقطني : ٢/٥٦ ، وأعله ابن الجوزي بمحمد بن الفضل ، قال النسائي : متروك ، وقال أحمد : حديثه يشبه حديث أهل الكذب ، وقال ابن معين : كان كذاباً (نصب الراية : ٢/٢٨) .

(٢) لم أعثر على حديث بلفظ ثلاث ، وهو في الصحيحين بلفظ : « حق المسلم على خمس بينها اتباع الجنائز » ، البخاري في أوائل الجنائز : ٢/ ٧٠ ، ومسلم في السلام ، باب : حق المسلم على المسلم : ٤/ ١٧٠٤ .

(٣) في (م) : معرفة .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٦٠ ، التفريع : ١/ ٣٦٧ ، الرسالة ص ١٥٣ .

(٥) أخرجه البخاري في الجنائز ، باب : التكبير على الجنازة أربعاً : ٢/ ٩١ ، ومسلم في الجنائز ، باب : التكبير على الجنازة : ٢/٦٥٦ .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ : ١/٢٢٧ مرسلاً ، وقد جاء معناه موصولاً عن أبي هريرة أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : كنس المسجد والتقاط الخرق والقذف والعيدان : ١/١٨٨ ، ومسلم في الجنائز ، باب : الصلاة على القبر : ٢/٦٥٨ .

(٧) ابن أبي شيبة : ٣/ ٣٠٠ ، البيهقي : ٣/ ٤١٠ .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٦٠ ، ١٧٠ ، التفريع : ١/٣٦٧ ، الرسالة ص ١٥٣ - ١٥٤.

والأصل فيه أن كل صلاة افتتحت بالتكبير افتتاح تحريم ختمت بالتسليم ، كالفرائض والنوافل ، والسلام فيها واحدة ، لأنه سلام تحليل كسائر الصلوات إلا أن المأموم لا يزيد على واحدة لأنه ليس فيها رد بخلاف الصلوات هو تحليل فقط، ويستحب إخفاءه لأن ذلك هو المنقول عن السلف .

فصل [٤ - قراءة القرآن في صلاة الجنازة] :

لا يقرأ فيها شيء من القرآن [١] ، خلافاً للشافعي في قوله : إنه لا بد أن يقرأ فيها بأم القرآن [٢] ، لأن كل صلاة لا ركوع فيها لم يكن من سنتها قراءة أصله الطواف ، ولأنه ركن من أركان الصلاة منفرد فلم يكن فيه قراءة أصله سجود التلاوة .

فصل [٥ - عدم ترك الصلاة على الميت] :

ولا تترك الصلاة على أحد ممن يصلي إلى القِبْلة [٣] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « صلوا على موتاكم » [٤] ، وقوله : « صلوا على من قال : لا إله إلا الله » [٥] ، ولأن الصلاة متعلقة بحرمة الدين ، وذلك يستوي فيه جميع أهل الملة .

فصل [٦ - الصلاة على العدل والفاسق والباغي وصاحب الكبيرة وغيرهم]:

إذا ثبت ذلك فلا فرق بين العدل والفاسق والباغي وصاحب الكبيرة والمقتولين في حد وقود ، إلا أنه يكره للإمام وأهل الفضل أن يصلوا على البغاة وأهل البدع، وللإمام خاصة ألا يصلي على من قتله في حد [٦] ، لأن الله تعالى نهى

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٣٦٧ ، الرسالة ص ١٥٤ .
(٢) انظر : الأم : ١/ ٢٧١ ، مختصر المزني ص ٣٨ .
(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣٦٧ ، الرسالة ص ١٥٦ .
(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ١٦١ - ١٦٦ ، والتفريع : ١/ ٣٦٧ - ٣٧٠ ، الرسالة ص ١٥١ .

نبيه ﷺ عن الصلاة على المنافقين (1) تأديباً لهم وردعاً ، فكان ذلك أصلاً في كل من كان على غير الطريق من فساد الاعتقاد ، فإن الإمام وأهل الفضل يجب ألا يصلوا عليه ، ويصلي عليه سائر الناس .

فأما من قتله الإمام في حد فلأنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز(1)، والغامدية (3) لما رجمهما ، وكذلك الأئمة بعده لم يصلوا على من أقاموا عليهم الحدود بل تركوهم مع أهليهم ، ويصلي عليهم سائر الناس ، ولأنا قد بيَّنا أن في ذلك ردعاً لهم وإبانة عن نقصهم ليكون ذلك زجراً لغيرهم ممن سلك طرائقهم .

فصل [٧] :

ومن جلده الإمام في حد فمات من الضرب فإنه يُصلَّى عليه بخلاف المرجوم(3) لأنه قصد قتل المرجوم ولم يقصد قتل المجلود ، وإنما مات من مرض وهو الوجع من الضرب .

فصل [٨ - الصلاة على السقط إذا استهل صارخاً] :

ولا يصلي على سقط (4) إلا أن يستهل صارخاً ، تحرك أو لم يتحرك (5) ،

---

(1) في قوله تعالى : ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبداً ولا تقم على قبره ﴾ سورة التوبة ، الآية : ٨٤ .

(2) حديث ماعز أخرجه البخاري في الحدود ، باب : هل يقول الإمام : لعلك لمست : ١٣١٩/٣ ، أما حديث الغامدية ، ففي صحيح مسلم في الحدود ، باب : من اعترف على نفسه بالزنا : ١٣٢٣/٣ ، وفيه أنه صلى الله عليه وسلم صلى على الجهنية بعد رجمها كما جاء في الحديث .

(3) انظر : المدونة : ١٦١/١ ، التفريع : ٣٦٧/١ ، الكافي ص٨٦ - ٨٧ .

(4) السقط : هو الولد ذكراً كان أو أُنثى يسقط قبل تمامه وهو مستبين الخلق (المصباح المنير : ٢٨٠) .

(5) انظر : المدونة ١٦٢/١ ، التفريع : ٣٦٨/١ ، الرسالة ص ١٥٨ ، الكافي ص ٨٥ .

خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(١)] ، لأن الصلاة إنما هي على من علمت حياته قبل موته ، وأمارة الحياة هي الصياح أو ما يقوم مقامه من طول المكث إذا طالت به مدة يعلم أنه لو لم يكن حياً لم يبق إليها ، ولا معتبر بالحركة لأنها لا تدل على الحياة ، لأن المقتول يتحرك وليس بحي ، ولأنه قد كان متحركاً قبل وضعه ولم يحكم بحياته ، وروي : « إذا استهل المولود صارخاً غسل وصلى عليه ووجبت ديته وميراثه » [(٢)] .

فصل [٩ - عدم الصلاة على الشهداء] :

والشهيد المقتول في سبيل الله لا يغسل ولا يصلي عليه ، ويدفن بثيابه إذا مات أو انفذت مقاتله في المعترك [(٣)] ، خلافاً لأبي حنيفة [(٤)] ، لما روى جابر أن رسول الله ﷺ كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد ، ويسأل أيهما أكثر أخذاً للقرآن فيقدمه في اللحد ، وأمر بدفنهم بدمائهم ولم يصل عليهم ولم يغسلهم » [(٥)] ، وروي : « أنه لم يصل على أحد من الشهداء إلا حمزة» [(٦)]

---

(١) هذه المسألة مجمع عليها على أنه لا يصلي على سقط إلا أن يستهل صارخاً (الإجماع ص ٤٦ ، المغني : ٢/ ٥٢٢) ، أما الحركة فلم أجد من اعتبرها من الأحناف ولا الشافعية (مختصر الطحاوي ص ٤١ ، مختصر القدوري : ١/ ١٣٢ ، مختصر المزني ص ٣٧) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الفرائض ، باب : إذا استهل المولود يرث : ٢/ ٩١٩ ، والحاكم : ٤/ ٣٤٩ ، وقال : على شرط الشيخين . وحديث : ابن ماجه ليس فيه لفظ الغُسل ووجوب الدية ، وأخرجه بهذا اللفظ ابن عدي عن ابن عباس (نصب الراية : ٢/ ٧٨) ..

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٦٥ ، التفريع : ١/ ٢٣٨ ، الرسالة ص ١٥١ .

(٤) في قوله : ينزع عنه الحشو والجلد والفرو والسلاح والقلنسوة (مختصر الطحاوي ص ٤١) ، ويصلي عليه .

(٥) أخرجه البخاري في الجنائز ، باب : الصلاة على الشهيد : ٢/ ٩٣ .

(٦) أخرجه أبو داود في الجنائز ، باب : الشهيد بغسل : ٣/ ٥٠٠ ، وأخرجه الدارقطني وأحمد والحاكم : ١/ ٣٦٥ ، وذكره عبد الحق في أحكامه والحديث فيه أسامة بن زيد الليثي وهو ليِّن (انظر نصب الراية : ٢/ ٣١٠) .

ولأن الغُسل متعلق بالصلاة فإذا كان الشهيد لا يغسل ثبت أنه لا يصلي عليه ، ولأنه مستغن بفضل الشهادة عن الصلاة بقوله : أنا شهيد على هؤلاء .

فصل [١٠ - الصلاة على من جرح في المعركة ثم عاش بعدها] :

فأما إن حمل من المعترك جريحاً فبقي زماناً أو أياماً ، ثم مات فإنه يغسل ويصلي عليه [١] ، لأن الخبر ورد فيمن قتل في المعترك ، ولأنه إذا حمل وعاش أمكن أن يكون مات من سبب طرأ عليه فلم يكن حكمه حكم من مات في المعترك ، ولأن الذي فاضت نفسه في المعترك له منزلة لا يدانيه فيها غيره لأنه فارق الدنيا على نصرة الدين [٢] والتوحيد، وذلك أشرف المقامات فلم يحتج إلى شفاعة المصلين ، وهذا هو الفرق بين الشهيد في سبيل الله وبين سائر الشهداء من الغريق والطعين والهديم [٣] والحامل ومن قتل دون ماله ومن ذكر معهم [٤] .

فصل [١١ - السبي يموت قبل أن يتلفظ بالشهادتين] :

ومن مات من السبي [٥] قبل أن يتلفظ بالشهادتين فلا يغسل ولا يصلي عليه[٦] لأنه مات على أصل الكفر ، لأنه لم يثبت له الإسلام لا من جهة الاعتقاد ولا الحكم ، لأنه لم يكن سوى سبيه ، والسبي لا يزول عنه حكم الكفر ، وإن قالها ابتداء غسل وكفن وصلى عليه ، وكذلك إن قالها عن تلقين إذا كان طوعاً من غير

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٦٦ ، التفريع : ١/٣٦٨ ، الكافي ص ٨٥ .

(٢) نصرة الدين سقط من (ق) .

(٣) الطعين هو المطعون ، والهديم : الذي يموت تحت الهدم .

(٤) الذين ذكرهم في الحديث : « الشهداء سبعة سوى القتيل في سبيل الله المطعون شهيد والغريق شهيد ، وصاحب ذات الجنب شهيد ، والمبطون شهيد ، وصاحب الحريق شهيد ، والذي يموت تحت الهدم شهيد ، والمرأة تموت بجمع شهيد » أخرجه مالك في الموطأ : ١/٢٣٤ .

(٥) السبي : والسباء الأسر ، وقد سبيت العدو سبياً وسباء إذا أسرته (الصحاح : ٦/٢٣٧١) .

(٦) انظر : المدونة : ١/١٦١ ، التفريع : ١/٣٦٨ .

إكراه ، لأن الظاهر إجابته إلى الإسلام وتدينه به ، وقد قال صلى الله عليه وسلم: « صلوا على من قال لا إله إلا الله »[(1)] ، فعم ولم يفرق .

فصـل [١٢ - فيمن يصلى على الميت] :

والإمام أولى بالصلاة على الميت من عصبته[(2)] ، لأن طريقها الولاية وقد قال صلى الله عليه وسلم : « لا يؤم الرجل في سلطانه ولا بيته إلا بإذنه »[(3)] ، ولأن الحسين[(4)] رضوان الله عليه قدم سعيد بن العاص[(5)] ، وكان الأمير فصلى على الحسن[(6)] رضي الله عنه وقال : أنت الأمير ولولا السنة ما قدمتك[(7)] ، ولأنها صلاة تفعل في الاجتماع فكانت إلى الأئمة كالجمعة والعيدين ، ولأن السلطان لما كان مقدماً على صاحب الدار كان مقدماً على الولي .

وإذا كان بموضع لا سلطان فيه فالحق للأولياء ، فأولاهم بذلك أقواهم تعصيباً وأحقهم الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم ولده ، وهم الأخوة ثم ولد ولده وهم بنو الإخوة ، ثم الجد ثم ولده وهم العمومة ، ثم ولدهم وهم بنو العمومة ، فإنما قدمنا الإخوة وبنيهم على الجد ، لأن الولاية يطلب فيها محض التعصيب وتعصيب الإخوة أمحض من تعصيب ، لا يشوبه ولادة ولا يأخذون بالفرض بحال .

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٦٩ ، التفريع : ١/ ٣٦٩ ، الكافي ص ٨٣ .

(٣) أخرجه مسلم في المساجد ، باب : من أحق بالإمامة : ١/ ٤٦٥ .

(٤) الحسين : بن عليّ بن أبي طالب الهاشمي ، أبو عبد الله المدني ، سبط رسول الله ﷺ استشهد يوم عاشوراء سنة ٦١ هـ (تقريب التهذيب : ١٦٧) .

(٥) سعيد بن العاص : بن سعيد بن العاص بن أمية الأموي ، قتل أبوه ببدر وكان لسعيد عند موت رسول الله ﷺ تسع سنين ولي إمرة الكوفة وإمرة المدينة المنورة لمعاوية (ت ٥٨ هـ) (تقريب التهذيب : ٢٣٧) .

(٦) الحسن بن عليّ بن أبي طالب ، سبط رسول الله ﷺ قد صحبه وحفظ عنه ، مات شهيداً بالسم سنة ٤٩ هـ ، (تقريب التهذيب : ١٦٢) .

(٧) البيهقي : ٤/ ٢٨ - ٢٩ .

فصـل [١٣ - ولاية الزوج في الصلاة على الميت] :

ولا ولاية للزوج لأنه ليس من قرابتها [١] ، إلا أن يكون ابن عمها فيصلي بالتعصيب لا بالزوجية ، ولأن العصمة منقطعة بينه وبينها فكان كالأجنبي ، ويفارق الغسل لأنه يتعلق بمسها والنظر إلى بدنها وللزوج من التخصيص بذلك والاطلاع عليه ما ليس للأولياء فكان أولى منهم .

فصـل [١٤ - ترتيب الجنائز] :

وإذا اجتمعت جنائز الرجال والنساء قرب إلى الإمام جنائز الرجال ثم بعدها جنائز النساء ، فإن كان معهما جنائز صبيان جعلت بعد جنائز الرجال وبعدها جنائز النساء ، وإن كان معهم خناثاً جعلت جنائزهم بعد الصبيان ثم النساء بعد الجميع [٢] .

وإنما قلنا ذلك لأن من يلي الإمام يجب أن يكون مقدماً أو مؤخراً حسب حرمته، وذلك أن المصلين خلف الإمام يترتبون على هذه السبيل : فيكون صفوف الرجال أقرب إلى الإمام ثم صفوف النساء بعده ، فكذلك في هذا الموضوع يجب أن يكون الأفضل من يلي الإمام ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: « ليلني منكم ذوو الأحلام والنهي ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم » [٣] ، فجعل الرتبة في القرب منه والبعد بحسب الحرمة والجنس .

وإذا ثبت ذلك جعلت جنائز الرجال ما يلي الإمام لأنهم أعلى حرمة [٤] من النساء ، ثم الصبيان لأنهم من جنس الذكور ، والتذكير في الجملة أفضل من التأنيث ، ثم النساء بعد الصبيان .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٦٩ ، التفريع : ١/٣٦٩ ، الكافي ص ٨٣ .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٦٤ ، التفريع : ١/٣٩٩ ، الرسالة ص ١٥٦ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) أي أنهم أعلى المراتب (انظر المقدمات : ١/٢٣٥) .

وإن كانت معهم خناثاً جعلت جنائزهم بعد الصبيان.ثم النساء بعد الكل لأنه لما أشكل أمرهم كانوا أقرب إلى الرجال من الإناث المقطوع بأنوثتهن .

فصل [١٥ - المسبوق في صلاة الجنائز] :

ومن فاته بعض التكبير قضى ما فاته ، ودعا بين التكبيرات [١] ، إن لم يخف رفع الجنازة قبل فراغه ، وإن خاف أن ترفع عن سرعة قضاه قضاء نسقاً [٢] ، لأنه إذا خاف ذلك لم يمكنه أن يدعوا ، لأنه إن تشاغل بالدعاء حصل منه أن يكون مصلياً عليها بعد رفعها وذلك غير جائز ، وإذا أمن ذلك دعي بين التكبيرات كما كان لو أدركها من أولها لزوال الضرورة .

فصل [١٦ - تكبيرة المسبوق لوقته أو مع الإمام] :

وإذا سبقه الإمام بتكبيرة أو تكبيرتين وجاء والإمام يدعوا ففيها روايتان [٣] : إحداهما أنه يكبر لوقته ، والأخرى أنه لا يكبر وينتظر تكبيرة الإمام ثم يكبر هو لإحرامه ، فوجه الأولى اعتباراً بسائر الصلوات أنه إذا فاته بعض الصلاة أحرم حين يدخل ولم ينتظر فعل الإمام ، ووجه الثانية أن التكبيرات كالركعات ، فلما كان لفوات بعضها تشاغل بما أدرك دون قضاء ما فات كذلك هاهنا .

فصل [١٧ - إعادة الصلاة على الميت] :

لا تعاد الصلاة على الميت قبل الدفن ولا بعده [٤] خلافاً للشافعي [٥] ، لأن الفرض قد سقط بالصلاة الأولى ، فما زاد عليه تنفل ، وذلك غير جائز على الميت ، ولأنه حكم وجب فيه بالموت ، فإذا سقط الفرض فيه لم يعد كالغُسل .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٦٣ ، التفريع : ١/ ٣٧٠ ، الكافي ص ٨٤ .

(٢) نسقاً : أي يعطف التكبير بعضه على بعض .

(٣) انظر : المدونة : ١/١٦٣ ، التفريع : ١/ ٢٧٠ ، الكافي ص ٨٤ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٦٤ ، الرسالة ص ١٥٦ .

(٥) انظر : الأم : ١/٢٧٦ ، مختصر المزني ص ٣٨ .

فصـل [١٨ - الصلاة على القبر] :

ولا يصلي على قبر إلا أن يكون دفن قبل أن يصلي عليه [١] ، لأنه لو جاز ذلك لكان أولى من فعل به ذلك رسول الله ﷺ ، لفضله ورجاء البركة بالصلاة عليه ، ولأن الدفن لو لم يمنع إعادة الصلاة لم يكن لذلك غاية ينقطع إليها .

فأما إذا دفن [٢] بغير صلاة فتلك حال ضرورة لأن الفرض لم يسقط فيه ، وكذلك فعل رسول الله ﷺ بالمسكينة لما [٣] دفنت من غير أن يعلم من دفنها .

فصـل [١٩ - الصلاة على بعض الجسد] :

إذا وجد أكثر الجسد صلى عليه [٤] ، لأن حكم الأكثر حكم الكل ، ولا يصلي على العضو كاليد والرِجُل خلافاً للشافعي [٥] ، اعتباراً بالسن والشعر ، ولأن الصلاة على الميت لا تعاد ويمكن أن يوجد أكثر البدن فتعاد الصلاة .

وأظن أن من أصحابنا من يقول يصلي عليه [٦] ، ويُنْوِي به الميت وهو قول عبد العزيز بن الماجشون [٧] ، ووجه اعتباره بالكثير بعلة أن تعذر الجملة لا يمنع ذلك في البعض .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٦٤ ، الرسالة ص ١٥٦ .

(٢) في (ق) : أدفن .

(٣) في (م) : التي .

(٤) انظر : المدونة : ١/١٦٣ ، الرسالة ص ١٥٦ ، الكافي ص ٨٦ .

(٥) انظر : الأم : ١/٢٦٨ .

(٦) أشار إليه صاحبا الرسالة ص ١٥٦ ، والكافي ص ٨٦ .

(٧) **عبد العزيز بن الماجشون** : هو عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة ميمون وقيل : دينار ، الإمام المفتي الكبير أبو عبد الله ، والد المفتي عبد الملك بن الماجشون ، صاحب مالك ، سكن ببغداد ، وحدث عن الزهري وابن المنكدر ، وحدث عنه الليث ووكيع وابن وهب (ت ١٦٤ هـ) (تذكرة الحُفّاظ : ١/٢٢٢ ، سير أعلام النبلاء : ٧/٣٠٩) .

فصل [٢٠ - في دفن الميت] :

ويجعل الميت في قبره على جنبه الأيمن مستقبل القِبْلة [(١)] لقوله : « أشرف المجالس ما استقبل به القِبْلة » [(٢)] ، « ولأنها حال يحتاج فيها من القربة إلى نهاية الممكن ، وقد روي عن السلف أنهم أمروا أن يفعل ذلك بهم عند احتضارهم ، ولأن الميت كان يعظم هذه الجهة في حياته فيجب أن يوجه إليها بعد وفاته ، فإن لم يقدر على ذلك جعلت رجلاه في القِبْلة واستقبلها بوجهه كالمريض يوجه للصلاة ، وقيل : في المريض إذا لم يتمكن من توجيهه على الجانب الأيمن فعلى الأيسر ، فإن لم يقدر جعلت رجلاه في القِبْلة فيجب أن يكون كذلك في الدفن.

فصل [٢١] :

وليس لمن ينزل القبر لتولي الدفن عدد معلوم [(٣)] ، وإنما هو على حسب الحاجة ، فقد يكون الميت عظيم الجثة ثقيلها فيحتاج إلى جماعة يتناولونه من النعش إلى اللحد ، وقد يكون خفيفاً يكفيه الواحد ، وفي الجملة فلا ينبغي أن يزاد على قدر الحاجة كما لا ينبغي أن ينقص عنها .

فصل [٢٢ - اللحد والشق] :

واللحد [(٤)] أفضل من الشق إلا لضرورة [(٥)] لقوله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٣ ، الرسالة ص ١٥١ .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك : ٤/ ٢٧٠ ، عن أبي المقدام هشام بن زياد وسكت عنه وتعقبه الذهبي وقال : هشام بن زياد متروك (نصب الراية : ٣/ ٦٢ - ٦٣) .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣٧٣ .

(٤) اللحد : ما حفر في عرض القبر يعني في ناحية القِبْلة ، وأما الشق ففي وسط القبر (غرر المقالة ص ١٥٢) .

(٥) انظر : الرسالة ص ١٥٢ .

«اللحد لنا والشق لغيرنا » [(١)] ، « وأُلْحِدَ له صلى الله عليه وسلم [(٢)] ، وكذلك السلف بعده وعليه عمل الأمة .

فصل [٢٣ - النهي عن تجصيص القبر] :

وينهى عن تجصيص القبور وبنيانها [(٣)] ، « لنهيه صلى الله عليه وسلم عن تقصيص [(٤)] القبور » [(٥)] . والقصة الجص ، ولأن ذلك من زينة الدنيا وتفاخرها والميت غير محتاج إليه والله أعلم .

* * *

---

(١) أخرجه أبو داود في الجنائز ، باب : في اللحد : ٣/ ٥٤٤ ، والنسائي في الجنائز باب : اللحد والشق : ٤/ ٦٦ ، وابن ماجه في الجنائز ، باب : ما جاء في استحباب اللحد : ١/ ٤٩٦ ، والترمذي في الجنائز ، باب : ما جاء في قول النبي ﷺ : « اللحد لنا والشق لغيرنا » ، وقال : حسن غريب من هذا الوجه : ٣/ ٣٥٤ .

(٢) أخرجه مسلم في الجنائز ، باب : النهي عن تجصيص القبر : ٢/ ٦٧٧ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٧٠ ، التفريع : ١/ ٣٧٣ ، الرسالة ص ١٥١ .

(٤) تقصيص سقطت من (ق) ، التقصيص هو التجصيص (لسان العرب: ٧/ ٧٦).

(٥) أخرجه مسلم في الجنائز، باب: النهي عن تجصيص القبر والبناء عليه : ٢/ ٦٦٧.

كتاب الزكاة

الزكاة [1] واجبة في الجملة [2] لقوله تعالى: ﴿ وآتوا الزكاة ﴾ [3] ، وقوله: ﴿ وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة ﴾ [4] ، وقوله : ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ [5] ، وقوله : ﴿ ومما أخرجنا لكم من الأرض ﴾ [6] ، وقول النبي ﷺ : « بني الإسلام على خمس : فذكر ، وإيتاء الزكاة » [7] ، وقوله : «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم » [8] ، وحديث أبي بكر رضوان الله عليه مع أهل الرِّدَّة وقتاله إياهم على منع الزكاة وقوله: « لو منعوني عقالاً مما كانوا يدفعونه إلى النبي ﷺ لجاهدتهم عليه » [9]. ولا خلاف في وجوبها في الجملة [10] .

---

(١) الزكاة لغة : النمو وهو الزيادة ، وفي الشرع قال ابن عرفة : الزكاة اسم جزء من المال شرطه لمستحقه ببلوغ المال نصاباً (غرر المقالة ص ١٦٥ ، حدود ابن عرفة ص ٧١) .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢٧٣ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٤٣ .

(٤) سورة فصلت ، الآية : ٧ .

(٥) سورة الأنعام ، الآية : ١٤١ .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ٢٦٧ .

(٧) أخرجه البخاري في الإيمان ، باب : قول النبي ﷺ : « بني الإسلام .. » : ١/ ٨ ومسلم في الإيمان ، باب : أركان الإسلام .. : ١/ ٤٥ .

(٨) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : وجوب الزكاة : ٢/ ١٠٨ ، ومسلم في الإيمان، باب : الدعاء إلى الشهادتين : ١/ ٥٠ .

(٩) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : وجوب الزكاة : ٢/ ١٠٨ ، ومسلم في الإيمان باب : الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله : ١/ ٥٢ .

(١٠) انظر : الإجماع ص ٤٦ ، المغني : ٢/ ٥٧٢ .

فصـل [١ - أنواع زكاة الأموال] :

والزكاة الواجبة في الأموال على ضربين : زكاة عين وزكاة قيمة [١] ، فأما زكاة العين فهي من ثلاثة أنواع ، وهي : العين : الذهب والفضة . والحرث : وهو ما أنبتت الأرض من الزرع والثمار من المقتات . والماشية : وهي الإبل والبقر والغنم . ولا تجب زكاة عين فيما عدا ذلك من الأنواع الثلاثة .

فصـل [٢ - شروط زكاة العين] :

فأما زكاة العين فمن شروطها النصاب [٢] والحول [٣] إلا أن يكون من معدن[٤] ، فلا يعتبر فيه الحول على ما نذكره ، وأما النصاب فهو في الذهب عشرون ديناراً لا تجب الزكاة في أقل منها إلا أن يكون نقصاناً يسيراً تجوز فيه جواز التامة [٥] فلا يمنع الوجوب .

فإذا بلغت عشرين ففيها ربع العشر وهو نصف دينار ، وهو في الفضه مائتا درهم ، لا تجب في أقل منها إلا أن يكون نقصاناً يسيراً على ما ذكرناه ، فإذا كانت مائتين ففيها ربع العشر وهو خمسة دراهم [٦] ، والدليل على هذه الجملة قوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمس أواق [٧] من الورق صدقة»[٨] ، وقوله : « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهماً وليس عليك شيء

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٠٨ ، وما بعدها ، التفريع : ١/٢٧٣ ، الرسالة ص ١٦٥ .

(٢) النصاب : هو القدر المعتبر لوجوب الزكاة (المصباح المنير ص ٦٠٦) .

(٣) الحول : مضي عام على المال (المصباح المنير ص ١٥٦) .

(٤) المراد هنا المعدن الذي خلقه الله في الأرض .

(٥) ومعناه : النقصان الذي يجري ويجوز بجوار الوازنة ، وهو الذي لا يتشاح الناس في مثله عادة (انظر : التفريع : ١/٢٧٣ ، والتلقين : ١/١٢٨) .

(٦) انظر : المدونة : ١/٢٠٨ - ٢٠٩ ، التفريع : ١/٧٣ ، الرسالة ص ١٦٦ .

(٧) أواق في اللغة : الثقل وفي الشرع : الأوقية هي أربعون درهماً . (معجم مقاييس اللغة : ١/١٥٧ ، الرسالة ص ١٦٦) .

(٨) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب: الورق: ٢/١٢١، ومسلم في الزكاة : ٢/٦٧٣

حتى يكون لك مائتا درهم ، فإذا كان لك مائتا درهم ففيها خمسة دراهم وليس عليك شيء حتي تكون لك عشرون ديناراً ففيها نصف دينار »[1] .

فصل [٣ - زكاة ما زدا على النصاب] :

ما زاد على النصاب ففيه بحسابه قل أم كثر[2] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا شيء في الزائد حتى يكون أربعين درهماً فيكون منها درهم ولا فيما زاد على العشرين حتى يكون أربعة دنانير[3] لقوله صلى الله عليه وسلم : « في الرقة ربع العشر »[4] فعم ، وقوله : « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة »[5] فمفهومه وجوب الزكاة فيها وفيما زاد عليها ولأنها زيادة على نصاب في ذهب أو ورق يمكن إخراج ربع عشرها ، دليلها الأربعون درهماً والأربعة دنانير ، ولأن الأربعة دنانير زيادة على النصاب فلم يجز أن يكون حداً وما دونها عفواً ، أصله الستة ولأنه نوع مال يجب على متلفه مثله فلم يكن فيه عفو بعد الوجوب كالحبوب .

فصل [٤ - دليل اعتبار الحول] :

فأما اعتبار الحول[6] فلقوله صلى الله عليه وسلم : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »[7] ، وروي عن أبي بكر[8] ، وابن عمر[9] ، وبه عملت الأمة والسلف ، ولا خلاف فيه[10] .

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : في زكاة السائمة : ٢/ ٢٢٨ ، قال ابن القطان: إسناده صحيح وكلهم ثقات (نصب الراية : ٢/ ٣٦٦) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٩ ، التفريع : ١/ ٢٧٣ ، الرسالة ص ١٦٦ ، الكافي ص ٩٠ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٧ ، مختصر القدوري : ١/ ١٤٦ .

(٤) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : زكاة الغنم : ٢/ ١٢٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٩ ، التفريغ : ١/ ٢٧٥ ، الرسالة ص ١٦٥ ، الكافي ص ٩١ .

(٧) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : زكاة السائمة : ٢/ ١٠٠ عن الحارث الأعور ضعفه الجمهور ، وأخرجه ابن ماجه في الزكاة ، باب : من استفاد مالاً : ١/ ٥٧١ ، والحديث رواه الترمذي من حديث ابن عمر مرفوعاً وموقوفاً : ٣/ ٢٥ .

(٨) البيهقي : ٤/ ١٠٣ . (٩) البيهقي : ٤/ ١٠٣ .

(١٠) انظر : الإجماع ص ٤٩ ، المغني : ٢/ ٦٢٥ .

فصـــل [٥ - لا أثر في فروق جنس الذهب وجنس الفضة] :

ولا فرق بين أنواع الجنس من ذلك من كونه جيداً أو رديئاً [١] ، أو كون الذهب أحمر أو أصفر ، ولا بين أنواع صفاته من التبر [٢] والنقار [٣] ، والمضروب [٤] ، والصحاح [٥] ، والغلة [٦] ، والمصوغ [٧] ، والمكسور [٨] ، إلا أن يكون حلياً للبس على الوجه المباح على ما سنذكره [٩] .

والأصل في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله ﴾ [١٠] ، يعني يؤدون زكاتها ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « في الرقة ربع العشر » [١١] ، فقيل : أن الرقة اسم للورق خاصة ، وقيل : الذهب والورق ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » [١٢] ، ولا خلاف في ذلك [١٣] .

فصـــل [٦ - الجمع بين الذهب والفضة في الزكاة] :

ويجمع بين الذهب والفضة في الزكاة ، فإذا كان معه من كل واحد منهما دون

---

(١) الرديء : هو الذهب الذي خلط بما يردئه (انظر مواهب الجليل : ٢/ ٢٩٤) .

(٢) التبر : هو ما كان من الذهب غير مضروب (الصحاح : ٢/ ٦٠٠) .

(٣) النقار : مفرد نقر وهو القطعة المذابة من الفضة ، وقبل الذوب هي تبر (المصباح المنير ص ٦٢١) .

(٤) المضروب : ما صنع على هيئة النقود المستعملة (لسان العرب : ٢/ ٣١) .

(٥) الصحاح : هي التي تعتبر بالعدد وعكسها المكسورة (الصحاح : ١/ ٣٨١) .

(٦) الغلة : ما نتج زيادة بتحريك الأصل بالمبيع والشراء .

(٧) المصوغ : الذي صنع حلي للزينة (الصحاح : ٤/ ١٣٢٤) .

(٨) المكسور : هي التي تعتبر بالوزن .

(٩) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٩ ، المقدمات : ١/ ٢٨٨ ، الكافي ص ٨٩ .

(١٠) سورة التوبة ، الآية : ٣٤ .

(١١) ، (١٢) سبق تخريج الحديثين قريباً .

(١٣) انظر : المحلي : ٥/ ٤٠١ ، المغني : ٣/ ٩ .

النصاب ، وأحدهما إذا ضم عدل بالآخر ، كان في معنى من معه نصاب كامل من أحدهما فعليه الزكاة [1] ، وقال الشافعي : لا يجمع بينهما [2] ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « في الرقة ربع العشر » [3] فعم ، ولأنهما متفقان في المقصود منهما في كونهما أصولاً للأثمان وقيماً للمتلفات ، فكان المالك لأحدهما كالمالك للآخر ، ولأنه لو كان معه مائة درهم وعرض يساوي مائة درهم لضمه إلى المائة وزكى الجميع إذا كان مديراً [4] ، وأدنى أحوال الذهب أن يكون كالعرض ، ولأنه مال يجب فيه ربع عشره ، فلزم ضمه إلى ما معه أصله إذا كان من جنسه .

فصـل [٧ - تقويم الذهب بالفضة أو بالعكس] :

ووجه التعديل بينهما أن يقام المثقال بإزاء عشرة دراهم ، فإذا حصل من الجميع ما يكون به في معنى المالك المئتين أو للعشرين ديناراً لزمته الزكاة [5] ، مثاله : أن يكون معه مائة درهم وعشرة دنانير ، أو خمسة عشر ديناراً وخمسون درهماً ، فإن قومت المائة بالذهب كان في معنى المالك لعشرين ديناراً ، وإن قومت العشرة الدنانير بالدراهم كانت في معنى مئة درهم ، فأما إذا ضمها إلى المائة كان المالك للمائتين ، ولو كان معه مائة درهم وتسعة دنانير وتسعة دنانير تساوي مائة درهم لم يضمها إليها لأن ذلك أكثر من المثقال بعشرة دراهم .

فصـل [٨ - وجه إخراج الزكاة عن النوعين المجموعين] :

ويخرج عن كل واحد من النوعين منه ، فإن أراد أن يخرج عن أحدهما من

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٠٨ ، التفريع : ١/ ٢٧٤ ، الرسالة ص ١٦٦ .

(٢) انظر : الأم : ٢/ ٤٠ ، مختصر المزني ص ٤٩ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) مديراً : مصطلح عند المالكية يعنون به أن العين تدار وتعرض للبيع لا للادخار أو الاقتناء .

(٥) انظر : المدونة : ١/٢٠٨ ، التفريع : ١/ ٢٧٤ ، الرسالة ص ١٦٦ ، الكافي ص ٩٠ - ٩١ .

الآخر جاز له ذلك ولا يكون ذلك فيه قيمة ، وإنما يكون بدلاً أن أحدهما في معنى الآخر فيما له إيراد يقوم مقامه وينوب منابه .

فصـل [٩ - كيفية إخراج الزكاة من المضمومين] :

واختلف أصحابنا في كيفية الإخراج على ثلاثة أوجه [(١)] :

فقيل بالقيمة : قلت أم كثرت وهذا قول ابن المواز .

وقيل : ما لم ينقص عن المثقال بعشرة دراهم فإن نقص لم ينقص منه وإن زاد أخرج الزائد لأن الغرض بذلك الاحتياط .

وقيل : بالتعديل على حساب المثقال بعشرة دراهم ذكره الشيخ أبو بكر [(٢)] عن بعض أصحابنا .

فوجه الأول فلأنه معاوضة في حق الغير ، فكانت بالقيمة أصله سائر المعاوضات .

ووجه الثاني أن الأصل إخراج النوع من نوعه ، وإنما سومح في أن يخرج عن أحدهما من الآخر ، فيجب أن تكون المسامحة على وجه لا يدخل الضرر على المساكين ، فإذا عاد بنقصانه عن القيمة الشرعية لم ينقص ورجع به إلى أصله وإن زاد لزم إخراج الزائد .

ووجه الثالث : هو أن الإخراج في هذا الموضع فرع لأصل الضم وإيجاب الجميع ، فإذا كان أصل الجميع هو بالتعديل ، فكذلك الإخراج والله أعلم .

---

(١) انظر : المدونة : ٢٠٨/١ - ٢٠٩ ، التفريع : ٢٧٤/١ - ٢٧٥ ، الرسالة ص١٦٦، الكافي ص ٨٩ .

(٢) أبو بكر الأبهري : محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح التميمي الأبهري ، شيخ المالكية بالعراق في عصره ، أخذ عن أبي الفرج ، وابن كثير حدث عنه الدارقطني وأثنى عليه ، جمع بين القراءات وعلو الإسناد والفقه الجيد ، (ت ٣٧٥ هـ) (سير أعلام النبلاء: ٣٣١/١٦ ، تاريخ بغداد : ٤٦٢/٥) .

فصـل [١٠ - النقصان اليسير في النصاب] :

إذا كان النصاب ناقصاً نقصاناً يسيراً لا يؤثر ويجري مجرى الوازن [١] في العادة والعرف جارت المسامحة به ووجبت فيه الزكاة ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم : « في الرقة ربع العشر » [٣] ، ولأن ذلك إذا كان غير مؤثر في العادة كان حكمه كحكم ما لم ينقص ، ولأن ما هذه سبيله لا اعتبار به في باب تعلق الأحكام بل يكون عفواً كاختلاف المكاييل ونقصان العشر حبات والعشرين حبة في الأوسق مما لا ينضبط في الكيل [٤] .

فصـل [١١ - إذا أضيف إلى المال مال يكمل به النصاب فالحول من كمال النصاب] :

وإذا كان معه مال يقصر عن النصاب فأفاد إليه فائدة تم بها نصاباً ضم الأول إلى الثانية وزكى الجميع لحول الثانية [٥] ، هذا إذا كانت الفائدة من غير ربح الأول وذلك لأن الحول لا يثبت للمال إلا بأن يكون نصاباً أو مسنداً إلى نصاب وهذا معدوم في مسألتنا ، فوجب استئناف الحول من يوم أفاد الآخرة لأن من ذلك الوقت ثبت للمال حكم الحول بكمال النصاب .

فصـل [١٢ - إذا كان الأول نصاباً والثاني دون النصاب] :

فإن كانت الأولى نصاباً والثانية دون النصاب زكى الأولى لحولها ولم يضم الثانية إليها بخلاف ما نقوله في الماشية [٦] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه يضم

---

(١) معناه النقص اليسير في جميع الموازين كالحبتين وما جرى عادة الناس أن يتسامحوا فيه في البيعات وغيرها . (انظر : التفريع : ١/ ٢٧٣) .

(٢) تحفة الفقهاء : ٢/ ٢٦٤ - ٢٦٦ ، الإقناع ص ٦٤ - ٦٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) في (ق) : الكل .

(٥) ، (٦) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٩ ، التفريع : ١/ ٢٧٤ ، الرسالة ص ١٦٧ ، الكافي ص ٩٢ - ٩٣ .

الفائدة إلى الأصل إذا كان نصاباً كما يفعل ذلك في الماشية [1] لقوله : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [2] ، ولأنها فائدة من غير أصل المال الذي عنده فيما زكاته ربع عشره ، فلم يضم إلى الأولى أصله إذا كان الأول دون النصاب وبذلك فارق الماشية .

فصل [١٣ - الربح يضم إلى الأصل ويزكى بحول الأصل] :

وربح المال مضموم إلى أصله معتبر بحوله كان الأصل نصاباً أو دونه إذا تم نصاباً بربحه أو بنتاجه إن كان ماشية لأنه ربح مال تجب في عينه الزكاة ، فكان حكمه في الحول حكم أصله كما لو كان الأصل نصاباً [3] .

فصل [١٤ - إخراج الزكاة قبل وجوبها] :

ولا يجوز [4] إخراج الزكاة قبل وجوبها [5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [6] لقوله : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [7] ، لأنه تقديم الزكاة على بعض شروط وجوبها كما لو قدمها على النصاب ، ولأنه تقديم الزكاة على وقت وجوبها كما لو قدمها لحولين أو ثلاثة ، ولأنها أحد الأركان التي بني الإسلام عليها فتقديمها على وقت وجوبها لا يسقط الفرض ، أصله الصوم والحج.

فصل [١٥ - هلاك الزكاة بعد إخراجها وقبل إيصالها إلى الفقراء] :

إذا أخرج الزكاة حين وجبت عليه من غير تفريط فهلكت قبل أن يوصلها إلى الفقراء لم يضمن ، وكذلك إن وجبت عليه ، فهلك المال قبل إمكان الإخراج لم

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٩ ، مختصر القدوري : ١/ ١٤٥ .
(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٩ - ٢١٠ ، التفريع : ١/ ٢٧٤ ، الرسالة ص ١٦٧ .
(٤) في (م) : ولا يجب .
(٥) انظر : المدونة : ١/ ٢٤٣ ، التفريع : ١/ ٢٧٥ ، الكافي ص ١٠٠ .
(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

يضمن [١] خلافاً لمن ضمنه في الوجه الأول [٢] لأن الزكاة متعلقة بالعين دون الذِّمَّة ، ولا تنتقل إلى الذمة إلا بتفريط ، ولأن إخراجها موكول إلى أمانته فهو مؤتمن عليها ، فكان كالساعي تتلف الزكاة بيده لأن يده يد أمانة ولأنا قد اتفقنا على أن المال لو هلك بعد حلول الحول ، وقبل إمكان الأداء لم يلزمه شيء فكان تلف الزكاة بعد إفرادها من المال وقبل وصولها إلى الفقراء إذا لم يكن بتفريط كتلفها مع جملة المال .

فصـل [١٦ - تأخير إخراج الزكاة عن وقت وجوبها] :

إذا أخر إخراج الزكاة عن وقت وجوبها قادراً على إخراجها تعلقت بذمته ولم تسقط عنه بتلف ماله [٣] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه لا يضمنها [٤] لأنه حبس الزكاة بعد وجوبها وقدرته على أدائها فوجب أن يضمنها ، أصله إذا طالبه فلم يفعل ، ولأنه عاص بتأخيرها ، لأنها واجبة على الفور فإذا أخرها ضمنها وتعلقت بذمته .

فصـل [١٧ - من ابتاع نصاباً حال عليه الحول بسلعة فباعها بربح] :

إذا حال الحول على نصاب عنده فلم يخرج زكاته حتى ابتاع به سلعة فباعها بربح فإنه يزكي المال الأول ولا يزكي الربح ، لأن الربح لم يحل عليه الحول ولا يكون تابعاً لأصله [٥] لأنه إنما يبيعه قبل تقرر الوجوب في الأصل ، فلم يصح أن يتبعه ربح معدوم في ذلك الوقت ووجد في ثاني حال ، وإذا ثبت ذلك وجب

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٤ ، التفريع : ١/ ٢٧٥ ، الكافي ص ١٠٠ .

(٢) هذا القول هو أحد قولي الشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد (الأم : ١/ ٥٢ ، الإقناع ص ٦٩ ، مسائل الإمام أحمد ص ١٥٥ ، مختصر الخرقي ص ٤٦) .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٧٥ ، الكافي ص ٩٩ - ١٠٠ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٤٦ .

(٥) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ٢٠٩ - ٢١٠ ، التفريع : ١/ ٢٧٤ - ٢٧٥ ، الكافي ص ١١٠ .

أن يزكي المال الأول ثم يزكيه للعام الثاني مع ربحه سواء ما أخرج عنه الزكاة للعام الأول ، لأن الحول قد حال عليهما فصادفهما الوجوب .

فصل [١٨ - زكاة الدين] :

الدين مسقط للزكاة عن مقدار ما قابله من العين دون الحرث والماشية ، ثم ينظر فيما زاد على ذلك ، فإن كان نصاباً زكاة ، فإن قصر عن النصاب فلا زكاة فيه ، مثاله : أن يكون معه ثلثمائة درهم ولا دين عليه فيكون عليها زكاتها سبعة دراهم ونصف ، فإذا كان عليه دين مائة درهم أقام بإزائه من الثلثمائة مائة ثم زكى عن مائتين ، وإن كان أصل ما معه مائتين أقام منها بإزاء الدين مائة ثم لا زكاة عليه في الباقي ، وكذلك لو كان عليه خمسة دراهم لم يزك الباقي لأنه يقصر عن النصاب ، وسواء كان الدين من جنس العين أو من غير جنسها [١] ، وكل هذا خلافاً للشافعي في قوله : أن الدين لا تأثير له في إسقاط الزكاة عن العين [٢] ، لما روى أصحابنا عن عمير بن عمران [٣] عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « إذا كان للرجل ألف درهم وعليه ألف درهم فلا زكاة عليه»[٤] ولأن الدين قد أخذ عوضه والزكاة لم يؤخذ عوضها فكان الدين مقدماً على الزكاة كما قدم على الميراث .

فصل [١٩ - الفرق بين العين والماشية والحرث في تأثير الدين في إسقاط الزكاة] :

والفرق بين العين والماشية والحرث من وجهين : أحدهما أن زكاة الحرث

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ٢٣٤ ، التفريع : ١/ ٢٧٦ ، الرسالة ص ١٦٧ ، الكافي ص ٩٤ - ٩٥ .

(٢) انظر : الأم : ١/ ٥١ ، مختصر المزني ص ٥١ - ٥٢ .

(٣) عمير بن عمران الحنفي البصري ، في حديثه وهم وغلط (لسان الميزان : ٤/ ١٧٢٥) .

(٤) هذا الحديث عن عمير بن عمران وهو يحدث بالبواطيل (الكامل في ضعفاء الرجال: ٥/ ١٧٢٥) .

والماشية إلى الإمام ، فلو قبل قول أربابها أن عليهم ديوناً لأدى ذلك إلى ترك إخراج الزكاة فحُسم الباب بمنعه ، وليس كذلك الذهب والفضة لأن زكاتها موكولة إلى أربابها ، والثاني : أن الحرث والماشية ، أموال ظاهرة وليس كذلك الذهب والفضة لأنها تخفى وتبطن .

فصل [٢٠ - الجمع بين أداء الزكاة والدين] :

وإن كان عنده من العروض ما فيه وفاء بدينه جعل الدين في العروض وزكى ما في يديه من العين إن كان نصاباً ، وإن كان دينه أكثر من عروضه أقام من العروض بإزاء قيمتها من الدين ثم ضم إلى ذلك مما في يديه من العين ما يقوم بتمام دينه ثم زكى الباقي إن كان نصاباً [١] ، وكل هذا خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أن الدين يجعل في العين ولا يجعل في العروض ويسقط الزكاة [٢] ، ودليلنا إذا جعلنا الدين بإزاء العروض أمكن الجمع بين أداء الزكاة والدين فكان أولى من إسقاط أحدهما بالآخر أصله إذا كان معه من العين ما يفي بدينه ويفضل معه نصاب ، ولأن العروض نوع من المال مأمون ، فجاز أن يفعل في الدين أصله العين [٣] .

فصل [٢١ - العروض المقومة بإزاء الدين] :

والعروض التي يقيمها بإزاء الدين هي ما يستغنى عنه غالباً ويباع عليه في دينه دون مالا مندوحة له عنه من ثيابه التي تستر عورته وما لا بد له [٤] منه من لباس وحصير وغطاء [٥] وما جرى مجرى ذلك ، وكذلك كسوة جمعته التي لا يبلغ

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٣٤ ، التفريع : ١/ ٢٧٦ ، الكافي ص ٩٤ - ٩٥ .

(٢) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٣٧ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ٢٧٤ - ٢٧٥ .

(٣) في الإشراف (١/ ١٨٢) : ولأن العروض نوع من المال مأمون ، فجاز أن يجعل في الدين ويزكي العين . .

(٤) له : سقطت من (ق) .

(٥) في (ق) : حصارة ؟

ثمنها ذلك المبلغ ، وكذلك منزله إذا كان قريباً للثمن وكان ذا عيال [1] ولم يكن له خطر وبال ، فهذا لا يحسب في دينه ويحسب ما عداه [2] .

فصل [٢٢ - جعل الدين في كتابة المكاتب] :

وإذا كان عليه دين وله مكاتب جعل الدين في كتابته وأدى الزكاة عن عينه [3] لأن الكتابة في معنى المال لأنه يبيعها إذا أراد ويؤدي الدين منها ، وإن كان له مدبر فاختلف أصحابنا فمنهم من قال : يجعل الدين في قيمة رقبته [4] لأنه لو قتل لوجبت قيمته قيمة [5] عبد ، ومنهم من قال : في قيمة خدمته لأن السيد لا يملك منه إلا الخدمة ، وإن كان له دين على ثقة مليء غير منكر جعل دينه فيه وأخرج الزكاة من عينه .

فصل [٢٣ - زكاة مال الدائن] :

الدين لا تجب فيه الزكاة وإن أقام سنين حتى يقبض [6] خلافاً للشافعي [7] لأن الله أوجب زكاة المال منه لا من غيره عنه ولا سبيل إلى ذلك إلا بقبضه ، ولأن الدية ومال الكتابة لا زكاة فيهما ، وإن أقاما سنين وكذلك الدين على معسر لأن ذلك في الذمة ، فكذلك سائر الديون .

فصل [٢٤ - أقسام الديون] :

الديون على ثلاثة أضرب [8] :

---

(١) ذاعنا في (ق) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٣٤ ، التفريع : ١/ ٢٧٦ ، الكافي ص ٩٥ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٣٤ - ٢٣٥ ، التفريع : ١/ ٢٧٦ .

(٤) هذا في قول ابن القاسم (التفريع : ١/ ٢٧٦) .

(٥) لفظ قيمة سقط من (ق) .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٢٧٨ ، الرسالة : ١/ ٢٧٦ .

(٧) انظر : الأم : ٢/ ٥١ ، الإقناع ص٦٩ .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ٢٣٤ ، التفريع : ١/ ٢٧٦ - ٢٧٧ ، الرسالة ص ١٦٧ ، الكافي ص ٩٣ - ٩٤ .

منها ما كان أصله في يده عيناً ثم يصير ديناً ، وذلك مثل أن يكون مع رجل ألف درهم فيقرضها من رجل أو يبتاع بها عرضاً ويبيعه من رجل بدين فيقيم ذلك في ذمة المقترض أو المشتري سنة أو سنين عدة ، فهذا إذا قبضه زكاه ساعة قبضه لسنة واحدة .

ومنها ما يكون ابتداؤه فائدة إما بميراث أو هبة أو صدقة أو أرش جناية أو دية أو مهر أو ثمن سلعة كانت لقنية [1] ، فهذا إذا قبض استقبل له الحول .

ودين المدين ، وهذا له حكم نذكره فيما بعد .

والفرق بين القسم الأول والثاني أن الأول كان قد حصل معه عيناً في طرفي الحول ولا اعتبار بكونه ديناً في تضاعيفه ، وفي الثاني لم يحصل له عيناً إلا دفعة واحدة فلم يجر حكم الزكاة فيه .

فصـــل [٢٥ - أقسام العروض وما يجب الزكاة فيها] :

والعروض [2] على ضربين [3] : منها ما لا تجب الزكاة فيه بوجه وهو ما أريد للقنية ولم يرد للتجارة ، وذلك كالثياب للبس والخيل للركوب والرقيق للخدمة ، وكل ما عدا الذهب والفضة والحرث والماشية ، ولا خلاف في هذا [4] ، ومنها ما يراد به التجارة ، فتجب الزكاة في قيمته [5] خلافاً لداود [6] ، لما رواه

---

(١) القنية : هي أن يشتري السلعة كي يملكها ينتفع بها لا للتجارة (الصحاح : ٦/ ٢٤٦٧) .

(٢) هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً (المصباح المنير ص ٤٠٤ ، والفواكه الدواني : ١/ ٣٣٩) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٣٠ - ٢٣١ ، التفريع : ١/ ٢٨٠ ، الرسالة ص١٦٦ - ١٦٧ ، الكافي ص ٩٧ - ٩٨ .

(٤) انظر : الإجماع ص ٥١ ، المغني : ٣/ ٣٠ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٢٨٠ ، الرسالة ص ١٦٧ ، الكافي ص ٩٨ .

(٦) انظر : المجموع : ٦/ ٤٤ ، المحلي : ٥/ ٣٤٧ - ٣٥٦ ، المغني : ٣/ ٣٠ .

أبو ذر [١] أن رسول الله ﷺ قال له : « أد زكاة البر » [٢] ، ولأن في إسقاط الزكاة عنه ذريعة إلى سقوط الزكاة في أكثر الأموال لأن كل من خاف أن يؤدي الزكاة ابتاع بالعين عرضاً فتسقط الزكاة عنه .

فصــل [٢٦ - الزكاة في العروض التي هي للتجارة] :

وإذا اشترى العروض بنية التجارة ثبت الحكم فيه .

فإذا باعه بعد حول أو أحوال زكاه لسنة واحدة إن كان أصله عيناً ، وإن كان ملكها عروضاً بميراث أو هبة أو غير ذلك ، فمكثت عنده حولاً أو أحوالاً ، ثم باعها ، فإنه يستأنف الحول من يوم باعها ، وحكمها حكم الدين ، وهذا الذي ذكرناه ، هو لمن يعرف حول ما يبيعه .

فأما المدير فإنه يزكي في كل سنة ، وصفة المدير مثل سائر التجارة الذين يديرون البيع والشراء والتجارة ، فلا ينضبط لهم حول ما يبيعونه أو يشترونه .

فالوجه فيمن هذه صفته أن يجعل لنفسه شهراً معلوماً من السنة لزكاته ، فينظر ما معه من العين وما عنده من العروض فيقومه ويضمه إلى عينه ، وكذلك ما له من دين ، فإذا عرف جميع ذلك ، نظر فإن كان عليه دين أسقط بمقداره من الجملة وزكى الباقي إن كان نصاباً ، وإن لم يكن عليه دين زكى ما معه .

والدليل على هذه الجملة أنا لو لم نفعل ذلك لكان لا بد من أحد أمرين : إما

---

(١) أبو ذر : جندب بن جنادة الغفاري ، وقيل : جندب بن سكن أحد السابقين الأولين من نجباء أصحاب محمد ﷺ ، كان يفتي في خلافة أبي بكر وعمر وعثمان ، روي عنه : ابن عباس ، وأنس وغيرهم ، كان رأساً في الزهد (سير أعلام النبلاء : ٢/ ٤٦ ، طبقات ابن سعد : ٤/ ٢١٩) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة : ٣/ ٢١٣ ، والسيوطي في الدر المنثور : ٣/ ٢٣٣ ، وعن أبي ذر : أن رسول الله ﷺ قال : في الإبل صدقتها ، وفي الغنم صدقتها ، وفي البقر صدقتها ، وفي البر صدقتها .. أخرجه أحمد : ٥/ ١٧٩ ، والترمذي في العلل المفرد ، والدارقطني : ٢/ ١٠١ ، والبيهقي : ٤/ ١٧٤ ، والحاكم : ١/ ٣٣٨ ، وأحد سنديه عنده على شرط الصحيح (الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد : ٥/ ٣٥) .

أن لا يؤدي أصلاً زكاة أو أن يكلف ضبط حول لكل عرض عنده ، ففي الأول ذريعة لإسقاط الزكاة ، وفي الثاني تكليف ما لا يقدر عليه ولا يجد سبيلاً إليه فلم يبق إلا ما قلناه [١] .

فصــل [٢٧ - قبض الدين دون النصاب] :

إذا قبض من دينه دون النصاب فلا زكاة عليه [٢] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: أن قبض أربعين درهماً أخرج درهماً [٣] ، ولغيره في قوله : يزكى القليل والكثير، لأن ملكه قاصر عن نصاب فأشبه من ملك في الابتداء أقل من نصاب ولأنا قد بينا أن الدين لا تلزم فيه الزكاة حتى يقبض ، ودليلنا عليه أنه لا يجب أن يخرج عن المال من غيره ، فلو أوجبنا عليه إذا قبض عشرة دنانير أن يزكي عنها لجاز أن لا يقبض غيرها فيؤدي ذلك إلى أن الزكاة تجب عليه فيما دون النصاب.

فصــل [٢٨ - في تكلمة النصاب من الدين أو غيره] :

فإن [٤] كان عنده مال ، فدخل عليه الحول يتم [٥] معه ما قبضه من دينه إذا ضم إليه نصاباً ضمه إليه وزكى الجميع [٦] ، لأنه مالك لنصاب قد حال عليه الحول ، حصل عيناً في يده طرفي الحول فأشبه ما يحول عليه الحول وهو في يده[٧] ، وكذلك يضم إليه ما خرج له من معدن .

فإذا ثبت هذا فلا يخلو ما يقبضه من دينه أن يكون نصاباً أو دونه ، فإن كان

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ٢٣٠ - ٢٣٣ ، التفريع : ١/ ٢٨٠ ، الرسالة ص ١٦٧ .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٢٧٨ . الرسالة ص ١٦٧ ، الكافي ص ٩٤ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ .

(٤) في (م) : فإذا .

(٥) في (م) : فتم .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، الكافي ص ٩٤ .

(٧) في (م) : يديه .

نصاباً زكاه ثم يزكى ما يقبضه من بعد من قليل أو كثير ، وإن كان دون النصاب فلا يخلو أن يكون عنده ما يتم به نصاب ، أو لا يكون عنده فإن لم يكن عنده لم تكن عليه زكاة فيما قبضه للعِلَّة التي ذكرناها ، وإن قبض بعد تمام النصاب زكى جميع النصاب أنفق الأول أو بقى عنده [(١)] ، على اختلاف بين أصحابنا [(٢)] في إنفاقه وضياعه أو بقائه [(٣)] .

ثم زكى ما يقبضه من بعد من قليل أو كثير ، فإن كان عنده ما يتم به ما قبضه نصاباً قد حال عليه الحول زكى الجميع ، ثم زكى ما يقبضه من بعد من قليل أو كثير .

وحكم ما يقبض من ثمن العروض للتجارة حكم ما يقبض من الدين في اعتبار النصاب وما يتم به إن كان المقبوض دونه .

فصل [٢٩ - لا زكاة على العروض إذا بيع بعضها ببعض] :

وإذا كان يبيع العرض بالعرض ولا ينض له [(٤)] من ثمن ذلك عين فلا زكاة عليه ولا تقويم [(٥)] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(٦)] ، لأن زكاة القيمة تابعة لزكاة العين ، فلو أوجبنا الزكاة لكان لا يخلو أن يخرج من جنس العروض وهذا خلاف الأصول ، أو أن يخرج عنها عيناً فيجب أن ينض لها ثمن فيخرج منه ، وكذلك فلا قيمة على المدير إذا كان لا يبيع ولا يشتري إلا بالعروض [(٧)] ، لأنه يقوم ما عنده من العروض فتجعل القيمة كالثمن فتكون تابعة له .

---

(١) عنده سقطت من (ق) .

(٢) انظر : التفريع : ٢٧٨/١ ، المقدمات : ٣٠٥/١ .

(٣) في (م) : إنفاقه .

(٤) أي لا يحصل (المصباح المنير ص ٦١٠) .

(٥) انظر : التفريع : ٢٨٠/١ ، الرسالة ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

(٦) انظر : مختصر القدوري : ١٤٨/١ ، الأم : ٤٧/٢ .

(٧) انظر : التفريع : ٢٨٠/١ ، الرسالة ص ١٦٧ .

فصل [٣٠ - اللؤلؤ والجوهر والطيب : زكاته في قيمته إذا كان مداراً] :

اللؤلؤ والجوهر وأنواع الطيب من المسك والعنبر والكافور كل هذا عروض ، وحكمه حكم سائر العروض (١) ، لا زكاة في عينه وإنما الزكاة في قيمته ، ويختلف حكمه في الإدارة وغير الإدارة على ما ذكرناه في العروض ، ولا خمس فيه ، لأن الخمس لا يكون إلا فيما أخذ عن الكفار ، أو من معدن على صفة تذكر فيما بعد (٢) .

فصل [٣١ - اشتراط الحرية لوجوب الزكاة] :

ولا تجب الزكاة إلا على مالك تام الملك وهم الأحرار ، ولا زكاة على عبد ولا مدبر (٣) ، ولا أم ولد (٤) ، لأن العبد وإن كنا نقول : أنه يملك فإن ملكه ناقص غير مستقر ، بدليل أن لسيده انتزاع ماله ولا مانع يمنعه من ذلك ، وأنه ليس له أن يتصرف فيه لحق السيد ، وحكم المكاتب في ذلك حكم العبد لأنه على حكم الرق ألا ترى أنه لا تجوز له الهبة ولا التصرف ولا يعاقل .

فصل [٣٢ - الإسلام شرط لوجوب الزكاة] :

ولا يؤخذ النصراني بزكاة شيء من ماله لا من عينه ولا ماشيته ولا حرثه لأنا عاهدناهم على ألا نأخذهم بفروع الدين ما داموا مقيمين على كفرهم كما لا نأخذهم بالصلاة والصوم والحج ، فإذا أسلم النصراني وأعتق العبد ، فالزكاة عليهما إذا حال الحول على المال الذي في أيديهما من يوم الإسلام والعتق ، لأن من ذلك الوقت حصل شرط الوجوب (٥) .

---

(١) انظر : المدونة ١/٢٥١ - ٢٥٢ ، التفريع : ١/٢٧٨ - ٢٧٩ .

(٢) تذكر فيما بعد : سقطت من (م) .

(٣) المدبر : هو أن يقول الرجل لعبده : أنت حر عن دبر مني .

(٤) أم ولد : هي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً .

(٥) انظر : المدونة : ١/٢١٣ ، الرسالة ص ١٦٧ .

فصـل [٣٣ - زكاة الفوائد] :

الفوائد كلها لا زكاة فيها إلا أن يحول عليها الحول من يوم أفيدت [١] أو قبضت بعد تقدم الملك على ما ذكرناه من التفصيل [٢] ، وذلك مثل ما يملكه الإنسان بميراث أو هبة أو صدقة أو استغلال أرض أو مسكن أو إجارة عبد أو نجوم مكاتب [٣] ، أو أرش جناية أو دية وما أشبه ذلك ، فأما ربح المال فحكمه حكم أصله على ما بيناه .

فصـل [٣٤ - زكاة الحلي والحلية] :

تجب الزكاة في أواني الذهب والفضة ، لأن اقتنائها محرم ، وكذلك في حلية اللجم والسروج والدوي والمداوي والسكاكين ، لأنه غير مأذون فيه ، فأما الحلي المباح للرجال فهو في ثلاثة أشياء وهي حلية المصحف [٤] والسيف والخاتم .

وحلي النساء المتخذ للبس والاستعمال فما كان من هذا اللبس والتجمل فلا زكاة فيه [٥] خلافاً لأبي حنيفة [٦] لأنه مال قصد به الاقتناء وترك التنمي على وجه مباح ، فلم تجب فيه الزكاة اعتباراً بعروض القنية ، ولأن المعتبر في وجوب الزكاة هو النماء لأنها تجب بوجوده [٧] وتسقط بعدمه ، ألا ترى أن ما لا تجب في عينه زكاة إذا قصد به التنمي وطلب الفضل وجبت الزكاة لطلب النماء ، فيجب أن يكون ما تجب في عينة الزكاة إذا عدل به عن طلب النماء على وجه مباح أن تسقط الزكاة فيه .

---

(١) من (ق) : أفيد .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٢٢ ، التفريع : ١/ ٢٧٥ ، الرسالة ص ١٦٧ - ١٦٨ .

(٣) نجوم مكاتب : معناه أقساطه .

(٤) حلية المصحف وحلية السيف : أي ما يزين به المصحف والسيف (المصباح المنير ص١٤٩) .

(٥) انظر : المدونة: ١/ ٢١١ - ٢١٢ ، التفريع: ١/ ٢٨٠ - ٢٨١، الرسالة ص ١٦٧ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٩ ، مختصر القدوري : ١/ ١٤٨ .

(٧) في (م) : لوجوده .

فصـل [٣٥ - زكاة الحلي المعد لغير الاستعمال واللبس] :

فأما الحلي المباح اتخاذه واستعماله إذا أريد لغير الاستعمال واللبس ففيه الزكاة[١] مثل أن يتخذ للتجارة أو للدخر [٢] ، والإعداد للحاجة إلى بيعه لأن المؤثر في سقوط الزكاة إعداده للبُّس فقط ، وأما المتخذ للكراء فعند مالك لا زكاة فيه ، وعند محمد بن مسلمة أن فيه الزكاة [٣] ، ووجه قول مالك : إنه حبس عينه عن طلب النماء والزيادة ، فأشبه حلي اللبس [٤] ، ووجه وجوب الزكاة فيه أن النماء موجود منه وهو مرصد له كحلي التجارة .

فصـل [٣٦ - الزكاة في مال الصغير] :

والزكاة واجبة في مال الصغير كوجوبها في مال الكبير [٥] خلافاً لأبي حنيفة حين أسقطها في ناضه [٦] وماشيته [٧] ، لقوله صلى الله عليه وسلم [٨] : «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها في فقرائكم » [٩] فعم ، ولأن كل زكاة لزمت الكبير لزمت الصغير كزكاة الحرث والفطر ، ولأنه مسلم حر تام الملك فأشبه الكبير .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢١١ ، التفريع : ١/ ٢٨٠ .

(٢) في (ق) : للدخور .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٢٨٠ ، المقدمات : ١/ ٢٩٤ .

(٤) في (ر) : حلي السيف .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٢١٣ ، الرسالة ص ١٦٧ .

(٦) ناضه : أي في ذهبه وفي فضته (مختصر الطحاوي ص ٤٥) .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٥ ، مختصر القدوري : ١/ ١٣٧ .

(٨) صلى الله عليه وسلم سقطت من (ق) .

(٩) سبق تخريج الحديث في أول كتاب الزكاة في الصفحة (٣٥٩) .

باب : زكاة معادن الذهب والفضة

وفي معادن الذهب والفضة الزكاة إذا خرج منها نصاب [١] ، فإن كان دون النصاب لا شيء فيه إلا أن يخرج بعد ذلك تمام النصاب من نيله [٢] فتكون فيه الزكاة ، أو يكون عنده مال قد حال عليه الحول إذا ضمه إلى ما خرج من المعدن كان نصاباً ، ثم يزكي ما خرج بعد ذلك من قليل أو كثير ما دام ذلك النيل قائماً فإن انقطع وظهر نيل لم يُبْنَ ما خرج منه على ما خرج من الأول ، وكان للثاني حكم نفسه .

ولا حول في زكاة المعدن بل يزكي لوقته كالزرع ، ولا يرده دين بخلاف العين من غير المعدن ، وفي الندرة [٣] الخارجة بغير مؤنة ولا كلفة الخمس ، وقيل : الزكاة كغيرها .

والركاز : دفن الجاهلية ، وفيه الخمس في قليله وكثيره ، وذلك في ذهبه وورقه، فأما عروضه وجواهره ففيه روايتان : إحداهما أنه يخمس والأخرى أنه لا يخمس [٤] .

فصل [١ - دليل الفرق بين المعدن والركاز] :

وإنما فرقنا بين المعدن والركاز في الصفة والحكم خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٤٦ ، التفريع : ١/٢٧٨ ، الرسالة ص ١٦٨ .

(٢) نيل : العرق الذي في المعدن (الفواكه الدواني : ١/٣٤٥) وهو ما يعرف الآن بالمنجم .

(٣) الندرة : هي المعدن الخالص الذي لا يحتاج إلى تصفية وتخليص من الشوائب عند إخراجه من مكانه كأن يخرج خالصاً مصفى . قال خليل : وفي ندرته الخمس (مواهب الجليل : ٢/٣٣٩) .

(٤) انظر : المدونة : ١/٢٤٩ ، التفريع : ١/٢٧٩ ، الرسالة ص ١٦٨ .

المعدن هو الركاز [١] ، وأن فيه الخمس لقوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس » [٢] ، ففرق بين اسميهما ، فثبت أن أحدهما غير الآخر ، ولأن الركاز مأخوذ من أركاز الشيء وهو دفنه [٣] ومنه : «أنه صلى الله عليه وسلم كانت تركز له العنزة فيصلي إليها » [٤] والمعدن عروق أنبتها الله عَزَّ وجَلَّ في الأرض فلم تكن ركازاً لأنها بغير وضع آدمي .

فصل [٢ - الدليل على أن في المعدن الزكاة] :

وإنما قلنا : أن فيها الزكاة لما روي أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث[٥] المعادن القبلية من ناحية الفرع [٦] فلا تؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم ، ولأنه مستفاد من الأرض بكلفة ومؤونة لم يتقدم عليه ملك ، فكان الواجب فيه الزكاة دون الخمس كالزرع .

فصل [٣ - دليل اعتبار النصاب في المعدن] :

وإنما اعتبرنا فيه النصاب ، لأن كل ما وجبت فيه الزكاة ، فلا بد من اعتبار النصاب فيه كسائر الأموال ، وإنما قلنا : أن يبنى النيل بعضه على بعض ، لأن

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٩ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ٣٢٧ .

(٢) أخرجه البخاري في الديات ، باب : العجماء جبار : ٨/ ٤٧ ، ومسلم في الحدود، باب : جرح العجماء والمعدن جبار : ٣/ ١٣٣٤ .

(٣) الركاز : من ركزت الرمح ، أي غرزته في الأرض ، والركاز دفين الجاهلية كأنه ركز في الأرض ركزاً (الصحاح :٣/ ٨٨٠) .

(٤) أخرجه مسلم في الصلاة ، باب : سترة المصلي : ١/ ٣٥٩ .

(٥) **بلال بن الحارث** : المزني أبو عبد الرحمن المدني ، روي عن النبي ﷺ ، وعن عمر وعن ابن مسعود ، وعنه ابنه الحارث ، وعلقمة ، وعمرو بن عوف ، وكان أول من قدم من مزينه على رسول الله ﷺ (ت سنة ٦٠ هـ) (تهذيب التهذيب : ١/ ٥٠١ - ٥٠٢) .

(٦) أخرجه الحاكم : ٣/ ٥١٧ ، وقال : صحيح ولم يخرجاه ، والبيهقي : ٤/ ١٥٢ ، وأخرجه مالك مرسلاً : ١/ ٢٤٨ ، والقبلية منسوبة إلى قبل وهي ناحية من ساحل البحر والفرع موضع بين نخلة والمدينة .

حكمه حكم واحد ، كالنوع الواحد ، وكالدين الواحد إذا قبض أولاً ، ولم يجب ذلك في [1] بناء نيل على نيل ، لأنه كمعدن آخر فله حكم نفسه ، وإنما قلنا : إنه إذا كان عنده مال قد حال عليه الحول زكاة معه ، فلأن شرط وجوب الزكاة قد وجد فيهما ، فوجب ضم أحدهما إلى الآخر .

فصـل [٤ - دليل عدم مراعاة الحول في المعدن] :

وإنما لم يراع [2] الحول فيه خلافاً لأحد قولي الشافعي [3] لأنه مال مستفاد من الأرض ، تجب فيه الزكاة فلم يعتبر فيه حول كالزرع ، ولهذه العلة قلنا : إنه لا يرده دين بخلاف العين .

فصـل [٥ - وجه إيجاب الزكاة في الندرة] :

ووجه إيجاب الزكاة في الندرة فلأنه نوع مال تجب فيه الزكاة ، فلم يجب فيه الخمس لقلة المؤونة كغير المعدن ، ووجه قوله : إن فيها الخمس : لما لم يكن في أحدهما كلفة ولا مشقة ولا كبير مؤونة كانت كالوضع ابتداء ، فوجب فيها الخمس كالركاز ، والزكاة أقيس ، وإنما قلنا : إن في الركاز الخمس لما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم : « وفي الركاز الخمس » [4] ، ولأنه من أموال الكفار فكان فيه الخمس دون الزكاة كالغنائم .

فصـل [٦] :

وإنما قلنا : إن الخمس في قليله وكثيره من غير مراعاة نصاب ، لأن النصاب يعتبر في الزكاة دون الخمس ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « وفي الركاز الخمس » [5] ولم يخص ، واعتباراً بالغنائم .

---

(١) في : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : تراع .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ٥٣ ، الإقناع ص ٦٦ .

(٤) ، (٥) سبق تخريج الحديث قريباً ص ٣٧٩ .

فصـل [٧ - التعليل لعدم إيجاب الزكاة في الركاز إذا كانت عروضاً وإيجاب الخمس فيها] :

وجه قوله : إنه لا شيء عليه في عروضه وجوهره [١] ، هو أنه لما شبه بالغنائم ، وكان في الأصل أن حكم العرض في الغنائم أخف من حال العين بدليل أنه يجوز أخذ اليسير منه بغير إذن الإمام ، وأنه قد يتركه الجيش لكثرته ولا يتركون الذهب والفضة كان بما [٢] هو مشبه به أولى بالتخفيف ، ووجه إيجاب الخمس فيه عموم قوله : « وفي الركاز الخمس » [٣] ، ولأنه ركاز فأشبه الذهب والفضة وهذا هو الصحيح .

فصـل [٨ - المدفون من أموال المسلمين] :

ما وجد مدفوناً من أموال المسلمين فهي لقطة تعرف كما تعرف اللقطة عاماً ، ثم يتصرف فيه واجده إن اختار شرط الضمان لصاحبه والله أعلم ، ويعتبر الحول في جميع الزكاة إلا الحرث والمعدن فلا يعتبر فيه الحول ويعتبر النصاب في جميع الزكاة .

* * *

---

(١) جوهر الشيء : كل شيء خلقت عليه جبلته (المصباح المنير ص ١١٣) .

(٢) في (م) : ما .

(٣) سبق تخريج الحديث .

باب : [زكاة الإبل]

والحول معتبر في زكاة المواشي وكذلك النصاب ، ولا زكاة فيما دون الخمس من الإبل [1] : فإذا كانت خمساً ففيها شاة ، ثم لا شيء فيها إلى تسع ، فإذا كانت عشراً فيها شاتان إلى أربع عشرة ، فإذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه ، فإذا كانت عشرين ففيها أربع شياه .

ثم يزول قبض الغنم منها ويؤخذ عنها من جنسها ، ولا شيء فيما زاد على العشرين إلى أربع وعشرين ، فإذا كانت خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض [2] : وهي التي لها ستتان ، فإن لم توجد في المال فابن لبون [3] ذكر : وهو الذي له ثلاث سنين ، إلى خمس وثلاثين فإذا كانت ستاً وثلاثين ففيها بنت لبون ، إلى خمس وأربعين ، فإذا كانت ستاً وأربعون ففيها حقة ، إلى ستين وهي التي لها أربع سنين قد استحقت أن يركبها الفحل وأن يحمل عليها الحمل .

فإذا كانت إحدى وستين ففيها جذعة إلى خمسة [4] وسبعين ، والجذعة [5] : التي لها خمس سنين وليس في صدقة الإبل سن زائدة على الجذعة ، فإذا [6] كانت ستاً وسبعين ، ففيها ابنتا لبون إلى تسعين ، فإذا كانت إحدى وتسعين ،

---

(1) في جملة أحكام زكاة الإبل انظر : المدونة : ٢٦٣/١ ، التفريع : ٢٨١/١ ، الرسالة ص ١٦٩ .

(2) بنت مخاض : سميت بذلك لأن أمه قد ضربها الفحل فحملت ولحقت بالمخاض وهن الحوامل (المصباح المنير ص ٥٦٦ ، الفواكه الدواني : ٣٥١/١)

(3) ابن لبون : سمي بذلك لأن أمه ولدت غيره فصار لها لبن (المصباح المنير ص ٥٤٨ الفواكه الدواني : ٣٥١/١) .

(4) في (م) : خمس .

(5) الجذعة : سمت جذعة لأنها أبدلت أسنانها (الصحاح : ٤٣٧/١) .

(6) في (م) : فإن .

ففيها حقتان إلى مائة وعشرين ، فما زاد على ذلك ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون .

ففي الثلاثين ومائة : حقة وابنتا لبون ، وفيما زاد على المائة وعشرين [١] مما دون العشر خلاف ، فعن مالك رحمه الله [٢] روايتان [٣] :

إحداهما : أن الفرض يتغير بزيادة الواحد إلى تخير الساعي بين الحقتين وبين الثلاث بنات لبون ، وهذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم .

والأخرى : أن الفرض لا يتغير إلى ثلاثين ومائة ، وهذه رواية أشهب وعبد الملك بن الماجشون . وعند ابن القاسم من رأيه [٤] أن الفرض يتغير بزيادة الواحد [٥] إلى ثلاث بنات لبون قطعاً من غير تخيير .

والشاة المأخوذة في أول صدقة الإبل من غالب أغنام البلد من الضأن والمعز . وإذا وجب في المال أحد سنَّين فوُجدا [٦] جميعاً أخذ الساعي أيهما شاء ، وإن عدما أخذ رب المال بأيهما شاء إلا أن لا يقدر إلا على أحدهما ، فلا يأخذه إلا بما يقدر عليه ، وإن وجد أحدهما أخذه ولم يطالبه بغيره ، وهذا فيما يستويان فيه كالمائتين من الإبل فيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون ، والحكم فيها على ما ذكرناه ، فأما السنَّان إذا كان أحدهما مرتباً على صاحبه مثل ابنة مخاض أو ابن لبون ذكر ، فإنهما [٧] إن كانا في المال أخذ ابنة مخاض ، إن عدمت منه ووجد ابن لبون ذكر [٨] أخذه فإن عدما جميعاً [٩] كان له أخذه بابنة مخاض دون ابن لبون .

(١) في (م) : العشرين .
(٢) رحمه الله سقطت من (ق) .
(٣) انظر : التفريع : ١/٢٨٢ .
(٤) من رأيه سقطت من (ق) .
(٥) في (م) : الواحدة .
(٦) في (م) : ووجدا .
(٧) في (م) : فإنه .
(٨) ذكر سقطت من (م) .
(٩) جميعاً سقطت (م) (ق) .

فصـل [١ - وجه اعتبار الحل في صدقة الماشية] :

وإنما اعتبرنا الحول في صدقة الماشية لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [١] ، ولأن الحول إنما وضع في المال الذي لا يتكامل نماؤه دفعة واحدة ، ترفيهاً لأرباب الأموال ليؤدوا الزكاة بعد إمهالهم مدة يتكامل فيها نماؤها ، وهذا يستوي فيه العين والماشية وبذلك فارقا [٢] الحرث .

فصـل [٢] :

وإنما أوجبنا الزكاة فيها على الترتيب الذي ذكرناه من النصب والأسنان لتواتر الأخبار من طريق عمرو بن حزم [٣] ، وابن عمر [٤] ، وأنس [٥] ، على المعنى الذي رويناه [٦] .

---

(١) سبق تخريج الحديث (٣٦١) .

(٢) في (ق) : فارق .

(٣) أخرجه عبد الرزاق : ٤/ ٤ ، وهو مرسل وقد وصله أبو داود والترمذي وابن ماجه كما سوف يأتي ، والبيهقي : ٨٨/٤ ، وابن حبان ص ٢٠٣ ، والدارقطني : ١١٦/٢ من طرق وفيها مقال .

وعمر بن حزم : ابن زيد بن لوذان الأنصاري صحابي مشهور شهد الخندق فما بعدها ، وكان عامل النبي ﷺ على نجران مات بعد الخمسين (تقريب التهذيب : ٤٢٠) .

(٤) حديث ابن عمر أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : في زكاة السائمة : ٢٢٥/٢ ، وابن ماجه في الزكاة ، باب : صدقة الإبل : ١/ ٥٧٣ - ٥٧٤ ، والترمذي في الزكاة ، باب : في زكاة الإبل والغنم : ١٧/٣ ، وقال : حديث حسن ، وأخرجه الحاكم : ٣٩٢/١ .

(٥) وحديث أنس أخرجه البخاري مفرقاً ، في الزكاة ، باب : العرض في الزكاة وغيره من الأبواب : ٢/ ١٢٢ ، وفي الشركة ، باب : ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية : ٣/ ١١٠ ، وفي الحيل ، باب : في الزكاة : ٨/ ٦٠ .

(٦) في (ر) : رويناه .

فصـل [1] [٣] :

وإنما قلنا : إن أول النصاب خمس لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمس ذود [2] من الإبل صدقة » [3] ، ولا خلاف في ذلك [4] .

فصـل [٤ - دليل انقطاع فريضة الغنم في زكاة الإبل حين تبلغ أربعاً وعشرون] :

وإنما قلنا : أن فريضة الغنم تنقطع في أربع وعشرين لقوله صلى الله عليه وسلم : « في أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم في كل خمس شاة » [5] ، فقصر وجوب الغنم على هذا القدر ، وإنما قلنا : إن في خمس وعشرين بنت مخاض ، خلافاً لما حكي عن عليّ بن أبي طالب [6] رضي الله عنه : أن فيها خمس شياه [7] ، للأخبار المروية من طريق عمرو بن حزم وابن عمر وأنس وفيها أن في خمس وعشرين بنت مخاض ، وهذا نص ولأنه ليس في أصول زكاة الماشية اتصال فرضين من غير تخلل وقص [8] بينهما على أن الرواية بذلك عن عليّ بن أبي طالب [9] رضي الله عنه ضعيفه غير ثابتة ، وإنما قلنا : إنه يأخذ منها

---

(١) فصل سقط من (م) .

(٢) الذود من الإبل ، قال ابن الأنباري : سمعت أبا العباس يقول : ما بين الثلاث إلى العشر (ذود) وكذا قال الفارابي ، وهي خمس من الإبل على الرواية المشهورة عند الجمهور (الفواكه الدواني : ١/ ٣٥٠ ، المصباح المنير ص ٢١١) .

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : زكاة الورق : ٢/ ١٢١ ، ومسلم في أوائل كتاب الزكاة : ٢/ ٦٧٣ .

(٤) انظر : الإجماع ص ٤٦ ، المغني : ٢/ ٥٧٥ .

(٥) هو نفسه حديث أنس الذي أخرجه البخاري وقد ذكرناه قريباً ص ٢٢٩ .

(٦) بن أبي طالب سقطت من (م) .

(٧) البيهقي : ٤/ ٩٢ .

(٨) الوقص : هو ما بين الفريضتين من نصب الزكاة مما لا شيء فيه (الفواكه الدواني: ١/ ٣٥٤) .

(٩) بن أبي طالب سقطت من (م) .

ابن لبون ذكر إذا لم يكن فيها بنت مخاض لأن ذلك في الأحاديث التي رويناها، ففي حديث عمرو بن حزم : « فإذا زادت واحدة على أربع وعشرين ففيها بنت مخاض فإن لم توجد بنت مخاض فابن لبون ذكر »[١] ، وكذلك في حديث أبي بكر الذي كتبه[٢] لأنس[٣] .

فصــل [٥ - الالتزام بما ورد من تحديد الأسنان] :

ولا يجوز أن يأخذ سوى هذه الأسنان[٤] خلافاً لأبي حنيفة[٥] ، لأن النص على ابن لبون قصر الأخذ عليه وبقي ما عداه ، ولأن ذلك يكون على طريقة القيمة وذلك غير جائز عندنا .

فصــل [٦ - الدليل في عدم أخذ ابن لبون مع وجود بنت مخاض] :

وإنما قلنا : أنه لا يجوز أخذ ابن لبون مع وجود بنت مخاض في المال خلافاً لأبي حنيفة[٦] ، لحديث عمرو بن حزم وحديث أنس وفيهما : « فإن لم توجد بنت مخاض فابن لبون ذكر » وفي بعضها : « فإن لم يكن فيها بنت مخاض فابن لبون ذكر »[٧] ، فشرط في جواز أخذه عدم ابنة مخاض ، فدل على منعه مع وجودها ، ولأن كل حق تعلق بما نقل منه إلى غيره بشرط عدم المنقول عنه فلا يجوز الانتقال إليه مع وجود أصله[٨] اعتباراً بالكفارات .

فصــل [٧] :

وإنما قلنا : أنه إذا عدما من المال لم يكن للساعي أن يأخذه إلا بابنة مخاض

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٢) في (ق) : كتب .
(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٤) انظر الرسالة ص ١٧١ .
(٥) انظر مختصر القدوري : ١/ ١٤٤ .
(٦) هذا الرأي قاله أبو يوسف (انظر مختصر الطحاوي ص ٤٣) .
(٧) سبق تخريج الحديثين قريباً .
(٨) في (ق) : مع وجوده .

لأن عدمهما بمنزلة وجودهما ، أنه ليس لأحدهما مزية عن على الآخر ، فلما لم يكن له أن يأخذ ابن لبون مع وجودهما في المال ، فكذلك مع عدمهما ، ولأن الخبر شرط فيه عدم ابنة مخاض وحدها فدل أن عدمهما بخلاف ذلك .

فصـل [٨ - توجيه الأقوال الواردة في زكاة المواشي] :

وما زاد على خمس وعشرين إلى مائة وعشرين لا خلاف فيه [١] أنه على الترتيب الذي ذكرناه ، وبذلك وردت الأخبار .

ووجه قوله : إن الفرض يتغير بالزيادة على مائة وعشرين في الواحدة وما دون العشرة [٢] إلى تخير الساعي قوله صلى الله عليه وسلم : « فما زاد على ذلك ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون » [٣] ، فأطلق الزيادة ولم يفصلها ، فوجب الأخذ بأول زيادة ، ولأن الوقص لا يلي وقصاً ، فلو اعتبرنا بعد المائة وعشرين عشراً أخرى [٤] ، لكنا قد اعتبرنا وقصاً بعد وقص متصلاً به ، وذلك خلاف الأصول ووجه رواية عبد الملك قوله : « فما زاد على ذلك ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون » [٥] وظاهر هذا يوجب أن يكون في جميع المال ، ولا يمكن ذلك إلا بزيادة العشرة [٦] . وقوله في حديث ابن عمر : « فإذا كثرت الإبل ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون » [٧] ، والكثرة لا تكون بزيادة الواحدة ، ولأن أصول الزكاة : أن كل زيادة غيرت فرضاً كانت داخلة فيه [٨] ، فلو قلنا : إن الفرض يتغير بواحدة أو اثنين لكان في ذلك

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٣ ، الرسالة ص١٦٩ ، الإقناع ص ٦١ ، مختصر الخرقي ص ٤٣ .

(٢) في (م) : العشر .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤ .

(٤) أخرى سقطت من (م) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٨٤) .

(٦) في (م) : العشر .

(٧) سبق تخريج الحديث (ص٣٨٤) .

(٨) فيه سقطت من (ق) .

مخالفة للخبر وإيجاب لبنت لبون في كل أربعين وثلث ، وإن قلنا : إن الفرض يتغير بها ألا يدخل فيه كان في ذلك مخالفة الأصول .

فصل [٩] :

ووجه قول ابن القاسم : إن الفرض يتغير بالواحدة إلى ثلاث بنات لبون من غير تخيير ، وهو قول الشافعي [١] قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن شهاب [٢] : « فإذا [٣] كانت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون » [٤] وهذا نص ، ووجه التخير : قوله صلي الله عليه وسلم في سائر الأخبار : « فما زاد ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون » [٥] ، فإن اعتبرنا تغير الحكم بزيادة الواحدة ورجعنا إلى الحساب كان فيه إما ثلاث بنات لبون لثلاث أربعينات أو حقتان لخمسين ، فلذلك كان الساعي مخيراً .

فصل [١٠ - فما زاد على العشرين ومائة] :

وإنما قلنا : إنَّ ما زاد على العشرين ومائة ففيه بحساب كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون ، وأن فريضة الغنم لا تعاد ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن الفريضة تعاد [٦] كأولها فتكون [٧] في كل خمس [٨] شاة إلى أربع وعشرين

---

(١) انظر : الأم : ١/ ٥ ، ٦ ، مختصر المزني ص ٤٠ .

(٢) ابن شهاب : محمد بن سلم بن عبيد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث بن زهرة بن كلاب القرشي الزهري أبو بكر الفقيه ، الحافظ ، متفق على جلالته وإتقانه ، من رؤوس الطبقة الرابعة (ت ١٢٥ هـ) (انظر تقريب التهذيب ص ٥٠٦) .

(٣) في (م) : فإن .

(٤) أخرجه أبو داود في الزكاة السائمة : ٢/ ٢٢٧ ، وابن ماجه في الزكاة ، باب : صدقة الإبل : ١/ ٥٧٤ ، والترمذي في الزكاة ، باب : زكاة الإبل والغنم ، وقال : حديث حسن : ٣/ ١٧ .

(٥) انظر : تخريج الأخبار التي وردت في أول كتاب الزكاة في الصفحة ٣٨٤

(٦) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٤٠ .

(٧) في (م) : فيكون .

(٨) في (ق) و (م) : خمسين وهو غلط .

فيكون فيها بنت مخاض ثم في كل خمسين ومائة ثلاث حقاق لقوله صلى الله عليه وسلم : « فما زاد ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة » [(١)] ، فلا يخلوا أن يكون أراد في كل أربعين وفي كل خمسين زائداً على المائة والعشرين دون المائة والعشرين ، فهذا يوجب أن يكون في مائة وستين حقتان وبنت لبون ، وفي مائة وسبعين ثلاث حقاق ، وهذا خرق الإجماع ، أو أن يكون أراد في الجمع في الزيادة والزائد [(٢)] على معنى ، فبحساب أن في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ، فهذا قولنا ، وخلاف قول أبي حنيفة لأنه يقول في مائة وثلاثين حقتان وشاتان ، لأن أصل الزكاة أن يؤخذ من جنس المال إلا للضرورة، والغنم المأخوذة في أول زكاة الإبل للضرورة وهي قلة المال وضعفه عن [(٣)] احتمال المواساة ، فإذا زاد على مائة وعشرين فقد كثر وصار محتملاً للمواساة فلم يكن لعودة الغنم موضع .

فصل [١١ - في نوع الغنم المأخوذ في صدقة الإبل] :

وإنما قلنا : إن الغنم المأخوذة في صدقة الإبل من غالب أغنام البلد لأنه صلى الله عليه وسلم قال : « في خمس من الإبل شاة » [(٤)] ، فأطلق ولم يعين فوجب الرجوع إلى العرف ، ولأنه لا بد من أن يكلف الأعلى أو الأدنى ، وفي تكليفة الأعلى إضرار به ، وفي تكليفه الأدنى إضرار بالفقراء ، فكان العدل ما قلناه .

وإنما قلنا : إنه إذا وجد السنَّين في المال كان مخيراً لأن كل واحد منهما محل للوجوب ، وإنما هو مخير في الأخذ لا في إلزام رب المال وإجباره على أحدهما .

* * *

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤

(٢) في (م) : المزيد .

(٣) في (م) : على .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤

باب : في زكاة البقر (1)

ولا زكاة في البقر حتى تبلغ ثلاثين ، فإذا بلغت ثلاثين ففيها تبيع (2) - جذع أو جذعة وسنُّهُ سنتان - إلى أربعين ثم فيها مسنة (3) - ولا يؤخذ إلا أنثى وسنها أربع سنين - ثم ما زاد على ذلك ، ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة(4).

فصل [١ -] :

وإنما قلنا ذلك لما روي في حديث عمرو بن حزم أنه صلى الله عليه وسلم قال: « وفي كل ثلاثين باقورة تبيع جذع أو جذعة وفي كل أربعين باقورة بقرة»(5) وفي حديث معاذ : « أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا ومن كل أربعين مسنة » (6) .

---

(1) التعريف ساقط من (ق) .

(2) تبيع هو ابن سنة دخل في الثانية ، وسمي بذلك لأنه يتبع أمه في المرعى (الفواكه الدواني : ١/ ٣٥٣ ، والمصباح المنير ص ٧٢) .

(3) مسنة : وسميت بذلك لتكامل أسنانها وطلوع الثنية (المصباح المنير ص ٢٩٢ ، والفواكه الدواني : ١/ ٣٥٣) .

(4) في جملة أحكام زكاة البقر انظر : المدونة : ١/ ٢٦٦ - ٢٦٧ ، التفريع : ١/ ٢٨٤ الرسالة ص ١٧٠ .

(5) سبق تخريج الحديث في الصفحة (ص٣٨٤) .

(6) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : زكاة السائمة : ٢/ ٢٣٥ ، والنسائي في الزكاة باب : سقوط الزكاة عن الإبل إذا كانت رسلاً : ٥/ ١٧ ، وابن ماجه في الزكاة ، باب : صدقة البقر : ١/ ٥٧٧ ، والترمذي في الزكاة ، باب : زكاة البقر : ١/ ٢٠١٩ ، وقال : حديث حسن ، وقد رواه بعضهم مرسلاً ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ١/ ٣٩٨ ، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (نصب الراية : ٢/ ٣٤٦) .

فصـل [٢ - فيما زاد على الأربعين في زكاة البقر] :

ولا شيء في الزيادة على الأربعين حتى يبلغ ستين ، فيكون فيها تبيعان ، خلافا لأبي حنيفة في قوله : إن في الخمسين مسنة وربع مسنة [١] ، لقول معاذ : « أمرني رسول الله ﷺ أن لا آخذ شيئاً من الأوقاص » [٢] ، ولأنها زيادة على نصاب في ماشية يجب في عينها الزكاة فلم يتغير الفرض إلى كسر ، أصله الإبل والغنم ، ولأنه زيادة على نصاب في صدقة البقر ، فوجب أن لا ينتقل منه إلى كسر ، كالعشرة الزائدة على الثلاثين ، ولأن أصول الزكوات مبنية على أخذ الجنس من جنسه ، وقد ثبت أن النبي ﷺ إنما جعل الغنم في أول صدقة الإبل لضعف المال عن احتمال المواساة فيه ولو كان للأجزاء والكسور مدخل فى زكاة الماشية لأوجبه ، ولم يعدل إلى إيجاب شيء من غير الجنس .

فصـل [٣ -] :

وإنما قلنا : إن التبيع يجوز أن يكون ذكراً أو أُنثى لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم : « وفي كل ثلاثين باقورة تبيع جذع أو جذعة » [٣] وكذلك في حديث معاذ [٤] ، وإنما قلنا : [إن الواجب في الإبل الإناث] [٥] فكذلك المسنة لا تكون إلا أنثى لقوله : « وفي كل أربعين مسنة » [٦] ، ولأن الأصل أخذ الإناث .

---

(١) وقد اختلفت الرواية عنه ، فروي أبو يوسف : أن ما زاد عليها ففيه من الزكاة بحساب ذلك ، وروي أسد بن عمرو وغيره عنه أنه قال : لا شيء في الزيادة حتى يكون البقر ستين (انظر مختصر الطحاوي ص ٤٤ ، مختصر القدوري : ١/١٤١) .

(٢) أخرجه البزار والدارقطني : ٢/٩٩ ، والبيهقي : ٤/٩٨ ، والحديث رواه الحفاظ عن الحكم بن طاوس مرسلاً ولم يتابع بقية عن المسعودى على هذا أحد ، وروي من طريق الحسن بن عمارة وهو متروك (انظر نصب الراية : ٢/٢٤٨) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤ . (٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) مطموسة من جميع النسخ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤ .

باب : زكاة الغنم [1]

ولا زكاة في الغنم فيما دون أربعين ، فإذا كانت أربعين ففيها شاة ، إلى مائة وعشرين ، فإذا كانت مائة وإحدى وعشرين ففيها شاتان ، إلى مائتي وشاة ، فإذا كان مائتي شاة ففيها ثلاث شياه ، إلى ثلثمائة ، ثم ما زاد على ذلك ، ففي كل مائة شاة ، ففي ثلثمائة وتسع وتسعين ثلاث شياه ، وفي الأربع مائة أربع شياه [2] .

فصـل [١ - دليل زكاة الغنم] :

وإنما قلنا ذلك لتواتر الأخبار على الصفة التي ذكرناها في حديث عمرو بن حزم ، وأنس ، وابن عمر [3] وغيرهم ، ولا خلاف في جملة ذلك [4] .

فصـل [٢ - في ضم أنواع الجنس الواحد] :

ويضم الضأن[5] إلى المعز [6] في الزكاة، والجواميس[7] إلى البقر والبخت[8]

---

(١) التعريف سقط من

(٢) في جملة أحكام زكاة الغنم انظر : المدونة : ١/٢٦٧ - ٢٦٨، التفريع : ١/٢٨٣، الرسالة ص ١٧٠ .

(٣) سبق تخريج هذه الأحاديث في الصفحة (٣٨٤) .

(٤) انظر : الإجماع ص ٤٦ ، ٤٧ ، المغني : ٢/٥٩٦ .

(٥) الضأن : هي ذوات الصوف من الغنم وسميت بذلك لبياضه (المصباح المنير ص ٣٦٥ ، غرر المقالة ص ١٧٠) .

(٦) المعز : هي ذوات الشعر من الغنم واشتقاقه من المعزاء ، وهي الأرض التي لا نبات فيها (المصباح المنير ص ٥٧٥ ، غرر المقالة ص١٧٠) .

(٧) الجواميس : نوع من البقر مشتق من الجمود لأنه ليس فيه لين البقر (المصباح المنير ص ١٠٨ ، غرر المقالة ص ١٧٠) .

(٨) البخت : هي الإبل الخراسانية (غرر المقالة ص ١٧٠) .

إلى العراب [1] ، لأن الجنس والاسم يجمع ذلك كله فقد دخل في عموم قوله: « في كل خمس من الإبل شاة » [2] ، وقوله : « في كل ثلاثين باقورة تبيع وفي كل أربعين شاة شاة » [3] .

فصل [٣ - في ضم الصغار إلى الكبار في الزكاة] :

وتضم سخال [4] الغنم إلى أمهاتها في الزكاة ، وكذلك عجاجيل [5] البقر وفصلان [6] الإبل [7] ، خلافاً لداود في قوله : لا زكاة في الصغار [8] لقوله صلى الله عليه سلم : « في أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم » [9] فعم ، وكذلك قوله : « في أربعين من الغنم شاة » [10] ، والاسم يقع على الكبار والصغار ، وروي : « وتعد صغارها وكبارها » [11] ، وروي ذلك عن عمر

---

(١) العراب : نوع من الإبل العربية الحسان (غرر المقالة ص ١٧٠ ، المصباح المنير ص ٤٠١) .

(٢) ، (٣) سبق تخريج الحديثين قريباً .

(٤) السخال : جمع سخلة ، وتطلق على أولاد الضأن والمعز ساعة تولد (المصباح المنير ص ٢٦٩ ، الفواكه الدواني : ١/ ٣٥٥) .

(٥) العجاجيل : جمع عِجَّول وهو ولد البقرة ما دام له شهر وبعده ينتقل عنه الاسم والأُنثى عجلة (المصباح المنير ص ٣٩٤) .

(٦) الفصلان : جمع فصيل ، وهو ولد الناقة لأنه يفصل عن أُمه ، وهو ما دون ابن مخاض (الفواكه الدواني : ١/ ٣٥٥ ، والمصباح المنير ص ٤٧٤) .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٦٨ ، التفريع : ١/ ٢٨٥ ، الرسالة ص ١٧١ .

(٨) انظر : المجموع : ٥/ ٣٣٨ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤ .

(١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤ .

(١١) لم أعثر عليه .

وعلي [1] ، ولا مخالف لهما [2] ، ولأنه نماء [3] حادث من مال تجب في جنسه الزكاة فأشبه ربح المال .

فصل [٤] :

وسواء كانت الأمهات نصاباً أو دونه إذا أكملت نصاباً بالصغار خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [4] في قولهما : إن السخال لا تضم إلى ما دون النصاب من الأمهات لقوله : « في أربعين من الغنم شاة » [5] ، وهذه يقع عليها اسم غنم ، وفي حديث عمرو : « تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعي على كتفه ولا تأخذها[6] » [7] ، ولم يخص ، ولأنه نتاج حادث عن حيوان تجب في عينه الزكاة ، فكان حكمه حكم ما لم يزل مع أمهاتها ، أصله إذا كانت الأمهات نصاباً .

فصل [٥ - وجوب الزكاة إذا ماتت الأُمهات وكانت الصغار نصاباً] :

إذا ماتت الأمهات وبقيت السخال وجبت الزكاة فيها إذا كانت نصاباً [8] خلافاً لمن منعه [9] ، لأنه إذا ثبت أنه حكمها حكم الأُمهات في باب الحول صارت كثمانين من الغنم يموت منها أربعون ويحول الحول على الباقي ففيه

---

(١) البيهقي : ٤/ ١٠٠ ، ١٠١ .

(٢) في (ق) : ولا خلاف لهم .

(٣) نماء سقطت من (م) .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٤٤ ، مختصر المزني ص ٤٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٨٤) .

(٦) في (م) : على كفه ولا يأخذها .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٨٤) .

(٨) انظر : المدونة : ١/١٦٨ ، التفريع : ١/ ٢٨٥ .

(٩) وهو رأي أبي حنيفة (انظر مختصر الطحاوي ص ٤٥ ، مختصر القدوري : ١/ ١٤٤) .

الزكاة، ولا يراعى بقاء الأُمهات ، لأن السخال متساوية لها إلا [1] على وجه البيع .

فصل [٦ - السن المأخوذ في الزكاة] :

والسن المأخوذ في الصدقة الجذعة والثنية [2] لقوله صلى الله عليه وسلم : «خذ الجذعة والثنية » [3] ثم الماشية على ضربين : كرائم [4] ولوائم .

فالكرائم لا تؤخذ إلا عن رضا أرباب الأموال ، وذلك كالمواخض [5] ، واللوابن [6] والربى [7] والأكولة [8] وكرائم الفحول ، والأصل في منعها قوله صلى الله عليه وسلم : « إياكم وكرائم أموالهم » [9] ، وما روى أن عمر مر عليه بغنم من الصدقة ، فرأى فيها شاة حاملاً ، ذات ضرع عظيم ، فقال : ما أعطى هذه الشاة أهلها وهم طائعون ، لا تفتنوا الناس ، لا تأخذوا حزرات[10] المسلمين [11] ، فإن طاع بها أهلها [12] أخذت لأنها أعلاها عليهم ، ويدل عليه

---

(١) في (م) : لا .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٦٨ ، التفريع : ١/ ٢٨٥ ، الرسالة ص ١٧٠ - ١٧١ .

(٣) أخرجه البيهقي : ٤/ ١٠٠ .

(٤) كرائم الأموال : نفائسها وخيارها (المصباح المنير ص ٥٣١) ، واللوائم عكسها .

(٥) المواخض : جمع الماخض وهي الحامل التي دنت ولادتها (المصباح المنير : ٥٦٥).

(٦) اللوابن : جمع اللبون وهي التي تحبس في البيت للبن (المصباح المنير ص ٥٤٨).

(٧) الربى : هي التي وضعت حديثاً والتي تربي ولدها (الرسالة ص ١٧١ ، والمطلع ص ١٢٧) .

(٨) الأكولة : هي التي تسمن للذبح (المصباح المنير ص ١٨) .

(٩) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : لا تؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة : ٢/ ١٢٥ .

(١٠) حزرات بتقديم الزاي على الراء - هي الخيار كأن المصدق يحزر فيعمل رأيه فيأخذ الخيار (الصحاح : ٢/ ٥٦) .

(١١) أخرجه مالك : ١/ ٢٦٥ .

(١٢) في (م) : أربابها .

قوله للذي أعطى ناقة سمينة مكان بنت مخاض : « ذلك الذي عليك فإن تطوعت بخير آجرك الله وقبلناها منك »[1] .

اللوائم أدنى الماشية كالصغار والهرمة والمعيبة ، وذات العوار[2] فلا تؤخذ نظراً للمساكين[3] ، والأصل في منعها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخرج في الصدقة تيس[4] ولا هرمة ولا ذات عوار »[5] ، وروي : « ولا الدرنة ولا ذات عيب ولا المريضة ولا اللئيمة ولكن من وسط أموالكم ، فإن الله لم يسألكم خيره ولم يأمركم بشره »[6] .

فصـل [٧ - إذا كانت الماشية صغاراً أو معيبة أخذ الساعي سن الوسط] :

وإذا كانت الإبل فصلاناً أو البقر عجاجيل ، أو الغنم سخالاً ، لم يجز للساعي أخذ واحدة منها ، وكلف ربها أن يأتي بالسن الوسط الجائز أخذه في الزكاة ، وكذلك إن كانت مراضاً أو معيبة[7] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[8] في قولهما : أنه يأخذ منها شاة ولا يكلف ربها شاة كبيرة ولا صحيحة لقوله صلى الله عليه وسلم في زكاة البقر : « في كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة »[9]

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : زكاة السائمة : ٢/ ٢٤١ ، وأحمد : ٥/ ١٤٢ الحاكم في المستدرك : ١/ ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، وصحَّحه على شرط مسلم ووافقه الذهبي .

(٢) ذات العوار : التي بها عيب العور .

(٣) أي في صالح المساكين .

(٤) التيس : هو ذكر المعز الصغير (المصباح المنير ص ٧٩، الفواكه الدواني : ١/ ٣٥٥)

(٥) جاء هذا في كتاب أبي بكر لأنس رضي الله عنهما والذي سبق تخريجه في الصفحة (٣٨٤) ، أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : لا يؤخذ في الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس إلا ما شاء المصدق : ٢/ ١٢٤ .

(٦) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : في زكاة السائمة : ٢/ ٢٤٠ ، والدرنة : الجرباء .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٢٦٨ ، التفريع : ١/ ٢٨٤ ، الرسالة ص١٧١ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي : ١/ ١٤٤ ، مختصر المزني : ٤٢ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٤

وقوله : « في أربعين من الغنم شاة »[1] ، وفي حديث عمر أنه قال : « تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعي على كتفه[2] ، ولا تأخذها »[3] ، ولأن الزكاة موضوعة على العدل بين الفقراء وأرباب الأموال ، فلما كنا لا نأخذ من إبله إذا كانت حوامل أو لوابن بل نكلفه السن الوسط ، فكذلك إذا كانت كلها صغاراً أو معيبة لأن في أخذها كذلك إضراراً بالفقراء ، كما أن في الأخذ منها إذا كانت من الكرائم[4] إضراراً بأرباب الأموال .

فصـــل [٨ - وجوب الزكاة في العوامل] :

وتجب الزكاة في العوامل[5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6] لقوله : « ليس فيما دون خمس ذود صدقة »[7] مفهومه وجوب الصدقة في الخمس عموماً[8] وقوله : « في أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم ففي كل خمس شاة »[9] فعم ، ولأن اختلاف الصفات عليها كاختلاف الأسنان ، وإذا كان اختلاف الأسنان لا يؤثر في الزكاة كذلك اختلاف الصفات .

فصـــل [٩ - ما ملكه من الماشية نصاباً أو دونه حادثاً ضمه إلى جنسه وزكى الجميع لحول القديم] :

إذا استفاد نصاباً أو دونه من الماشية - وعنده نصاب من جنسه - ، ضم إليه ما

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٨٤) .

(٢) في (م) : كفه .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) في (م) : كرائم .

(٥) العوامل : هي التي ترعى مدة وتترك أخرى ، أو تعلف في حين وترعى في آخر ، وقيل : هي تستعمل في الحرث والحمل والسقي (ـ التفريع : ١/ ٢٨٩) .

(٦) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٤٥ ، مختصر المزني ص ٤٥ .

(٧) سبق تخريجه في الصفحة (٣٨٤) .

(٨) أي الدلالة فيه من عموم المفهوم .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة .

استفاده ، وزكى الجميع لحول الأولى [1] سواء أفادها بشراء أو هبة أو ميراث ، فإن كان الذي عنده قل من نصاب لم يضم الفائدة إليه إلا أن تكون ولادة على ما قدمناه [2] .

وقال الشافعي : إذا لم تكن الفائدة نتاجاً استقبل به حولاً كاملاً [3] ، ودليلنا أن الزكاة موضوعة على النظر لأرباب الأموال والفقراء ، فإذا لحق أحد الفريقين رفق أو تثقيل نظر للفريق الآخر بمثله ، وقد ثبت أنه إذا كان عنده أقل من نصاب ثم أفاد إليه نصاباً أو دونه أنه لا يزكيه لحول الأصل بل الحول الذي يحول على الفائدة ، وفي ذلك رفق بأرباب الأموال ، لأن الأصل قد يكون عنده لعشرة أشهر ، ثم يستفيد الفائدة قبل الحول بشهر أو أقل فيستقبل بالجميع حولاً من يوم الفائدة ، فيكون قد زكى بعد حول وأكثر الثاني ، فكان في ذلك رفق به ، فيجب بإزائه أن ينظر للفقراء وهو أن يكون إذا أفادها إلى نصاب قد أقام عنده أكثر من حول أن يزكي الفائدة بحول الأصل ، لأن الساعي لا يجيء إلا مرة واحدة في الحول فيشق عليه تمييز الماشية ، فجعل له أن يزكيها على ما يجدها عليه ، فلو قلنا : إنه يستقبل بها حولاً من يوم أفاد الفائدة لكان يزكي أيضاً بعد قريب من حولين ، فكان في ذلك حيف على الفقراء ، وصرف النظر في الرفق والترفيه إلى أرباب الأموال ، وذلك غير جائز ، فوجب أن ينظر للفقراء في هذا الوجه كما نظر لأرباب الأموال فأشبه [4] ذلك الخلطة في أنها تارة تخفف وتارة تغلظ ، وقد قاسه أصحابنا على فائدة النتاج ولكن لا يؤثر على أصلنا ، لأن النتاج لا يراعي فيها [5] أن يكون الأصل نصاباً ، ويمكن أن يقال : إن النتاج أقوى من الفائدة لغيره ؛ لأنه من المال فكان عين المال لا يمتنع إلحاق غيره به في

---

(١) في (م) : الأول .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٧٤ - ٢٧٥ ، التفريع : ١/ ٢٨٥ .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ٥٤٢ ، المجموع : ٥/ ٣٢٨ - ٣٨٩ .

(٤) في (م) : وأشبه .

(٥) في (م) : فيه .

النصاب ، وإن انفرد النتاج لقوة التسوية [1] بين النصاب ودونه ، وتفارق العين لما ذكرناه من تعلق زكاة الماشية بالساعي ومشقة التمييز عليه .

فصـل [١٠ - زكاة الخلطاء] :

للخلطة [2] تأثير في الزكاة وهو أن الخليطين يزكيان زكاة المالك الواحد [4] ، وقال أبو حنيفة : لا تأثير لها أصلاً [4] ، ودليلنا قوله : « وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية » [5] ، فأثبت للخلطة حكماً زائداً على الانفراد ، وقوله صلى الله عله وسلم : « لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين مفترق خشية الصدقة»[6] ، فدل ذلك على أن للاجتماع والافتراق تأثيراً في الزكاة لولا ذلك لم يكن للخشية معنى ، ولأن لخفة المؤونة وثقلها تأثيراً في الزكاة في تخفيفها وتثقيلها اعتباراً بالسيح [7] والنضح [8] ، وهذا موجود في الخلطة ، فوجب أن يكون لها تأثير في ذلك .

فصـل [١١ - شروط تأثير الخلطة] :

ولا تؤثر الخلطة إلا إذا كان لكل واحد من الخليطين نصاب ، فإن كان جميع المال نصاباً ، ولكل مالك دون النصاب أو لبعضهم دونه فلا تأثير

---

(١) في (م) : لقوته بالتسوية .

(٢) الخلطة - بضم الخاء - : الشركة ، وهي اجتماع نصابي نوع فعم مالكين فأكثر فيما يجب تزكيتها ما على ملك واحد (الفواكه الدواني : ١/ ٣٤٥) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٧٧ - ٢٧٩ ، التفريع : ١/ ٢٨٦ ، الرسالة ص ١٧١ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٤ .

(٥) أخرجه البخاري ، باب : ما كان من خليطين ، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية: ٢/ ١٢٣ .

(٦) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع : ٢/ ١٢٢ .

(٧) السيح : الماء الجاري (المصباح المنير ص ٢٩٩) .

(٨) النضح : هو البل بالماء والرش (المصباح المنير ص ٦٠٩) .

للخلطة [١] خلافاً للشافعي [٢] لقوله : « ليس فيما دون خمس ذود صدقة » [٣] فعم ، ولأن قصور الملك عن النصاب مسقط للزكاة أصله المنفرد ، ولأنه ممن لا يخاطب بالزكاة إذا انفرد ، فإذا خالط من هو مخاطب بالزكاة لم يلزمه لمخالطته زكاة كالعبد والذمي ، ولأن تأثير خفة المؤونة وتثقيلها هو في تغيير حكم الزكاة من تثقيل إلى تخفيف ، أو تخفيف إلى التثقيل لا إلى ابتداء إيجاب أصله السيح والنضح .

فصل [٤] [١٢ - صفات الخلطة المؤثرة] :

وصفات الخلطة المؤثرة هي الراعي والفحل [٥] والدلو [٦] والمسرح [٧] والمبيت ، وقد اختلف أصحابنا في المراعي [٨] منها ، فمنهم من يقول : إذا اجتمعا على صفتين منها فما زاد كانا خليطين أيهما كانت ، ومنهم من يقول : إن الاعتبار في ذلك الاجتماع في المرعى والراعي ، ومنهم من يقول : الراعي وحده، وإذا قلنا : أن الاعتبار بأكثر من وصف واحد فلقوله : « والخليطان ما اجتمعا في الدلو والمراح والراعي والفحل » [٩] ، فقد ثبت أنه لا يراعي جميع هذه الأوصاف ، ولم يقم دليل على وصف واحد فلم يبق إلا ما قلناه ، ولأن الخلطة إنما أثرت لتأثيرها في تخفيف المؤونة ، ولذلك لا يكون بالوصف الواحد فوجب مراعاة وصف زائد عليه .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٧٩ ، التفريع : ١/٢٨٦ .
(٢) مختصر المزني ص ٤٣ .
(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٣٨٥ .
(٤) الفصل ساقط من (م) .
(٥) الفحل : هو الذكر من الحيوان (المصباح المنير ص ٤٦٣) .
(٦) الدلو : معناه السقي . ومعنى اللفظ أن يسقى الجميع بدلو واحد .
(٧) المسرح : هو المرعى (المطلع ص ١٢٧) .
(٨) انظر : التفريع : ١/٢٨٦ .
(٩) أخرجه الدارقطني : ٢/١٠٤ ، والبيهقي : ٤/١٠٦ ، من رواية ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن السائب ، وابن لهيعة ضعيف (تلخيص الحبير : ٢/١٥٥) .

ووجه القول بأن المراعي هو الاجتماع في المرعى قوله : « وما كانا من خليطين »[1] ، فالاسم يحصل بوصف واحد ، وقوله بعد ذلك : « والخلطاء ما اجتمعوا في الدلو والمراح »[2] ، المراد به الغالب من أحوالهم لا أن ذلك شرط، ولأن الخلطة معنى يعتبر به حكم الزكاة ، فوجب أن يتعلق على أقل ما يتناوله الاسم الصحيح أصله الزيادة على مائة وعشرين .

ووجه القول بأن المراعاة في ذلك الاجتماع على راع واحد وهو أن ما يعتبر[3] حكمه بالإجماع والانفراد كان المعتبر بالذي يحصل به الجمع ، ويكون المجتمع تابعاً كالإمامة في الصلاة لما كانت الصلاة تختلف بالانفراد والاجتماع روعي في ذلك الإمام ، فكان الراعي كالإمام في الكفاية به وحده .

فصـل [١٣ - صفة تأثير الخلطة في التخفيف] :

وصفة تأثير الخلطة في التخفيف هو أن يكون مائة وعشرون من الغنم بين ثلاثة لكل واحد أربعون ، فيكون عليهم في الانفراد ثلاث شياه ، وفي الاختلاط واحدة ، وصفة تأثيرها في التثقيل أن يكون لاثنين مائتان وشاة ، فلأحدهما مائة وللآخر مائة وشاة ، فيكون عليهما في الانفراد شاتان وفي الخلطة ثلاث .

فصـل [١٤ - الخلطة من أجل الهروب من الزكاة] :

فإذا ثبت هذا فلا يجوز للمنفردين أن يختلطا ولا للمختلطين أن ينفردا قاصدين بالاختلاط والانفراد تخفيف الزكاة ، وصفة ذلك ما ذكرنا من اختلاط الثلاثة المنفردين كل واحد بأربعين ليسقط عنهم شاتان ، وانفراد المختلطين بمائتي شاة وشاة ليسقط عنهم بالانفراد شاة ، والأصل في ذلك « نهيه صلى الله عليه وسلم أن يجمع بين مفترق أو يفرق بين مجتمع خشية الصدقة »[4] ، لأن في ذلك

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) في (م) : يغير .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

إضرار بالفقراء وذريعة إلى إسقاط حقوقهم قصداً إلى نقص ما أوجبه الله إكماله لهم .

فصل [١٥ -] :

إذا ثبت المنع من ذلك فمتى فعل لم يؤثر في حكم الزكاة وأخذ أصحاب الماشية بما كانوا عليه من قبل [١] خلافاً لمن أبى ذلك ، لقوله : « ولا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » [٢] ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأن في ذلك ذريعة إلى إسقاط حقوق الفقراء لأنه لا يشاء من تجب عليه شاة إلا وجد خلطة تسقط عنه ثلثيها ويبقى عليه ثلثيهما .

فصل [١٦ - فيمن بدل عينه بعين أخرى يبنى على حول الأولى] :

وكذلك [٣] قلنا : أن من أبدل عينه بعين مثلها أو إبله مثلها أو بقرة ببقرة وغنمه بغنم ، فإن ذلك لا يسقط الزكاة عنه وإنه يبنى على حول الأولى [٤] خلافاً [٥] لأبي حنيفة [٦] في قوله في الماشية ، وللشافعي في الجميع [٧] ، والأصل ما قلناه من الذريعة إلى سقوط الزكاة ، وذلك أن من ملك أربعين من الغنم فتركها حتى قبل الحول بالشيء اليسير أبدلها بمثلها ، فإن التهمة تقوى في قصده الفرار من الصدقة لا لغرض سواه ، لأن الجنس واحد والفرض واحد لا يتفاوت الاختلاف [٨] فيه ، فلم يبق ما يحمل أمره عليه إلا الفرار من الصدقة ولأن ملكه

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٧٩ - ٢٨٠ ، التفريع : ١/ ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) في (م) : لذلك .

(٤) في (م) : الأول .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٢٧٢ - ٢٧٣ ، التفريع : ١/ ٢٨٥ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٥ .

(٧) انظر : مختصر المزني ص ٤٦ .

(٨) في (م) : يتقارب الاختلاف .

زال عن العين إلى مثلها وجنسها وما يقوم مقام نوعها أو يقاربه ، فكان كالعين الأولى للاتفاق في الجنس والفرض ، ولأن أبا حنيفة يوافقنا في من كان معه عشرون ديناراً ، فابتاع بها سلعة في بعض الحول ثم باعها في آخر الحول بعشرين ديناراً أن عليه الزكاة ، فكذلك يجب أن يكون حكمه إذا باعها بمثلها .

فصل [١٧ - إذا أبدل ماشيته بخلافها] :

إذا أبدل ماشيته بخلافها ففيها روايتان [١] : أحدهما : أنه كإبدالها بجنسها فيبنى الثانية على حول الأولى ، والثانية أنه يستأنف حولاً للثانية ، فوجه الأولى أنه أبدل ماشية تجب فيها الزكاة بماشية تجب فيها الزكاة ، فوجب أن يبنى [٢] الثانية على حول الأولى [٣] أصله إذا أبدلها بجنسها ، والنكتة في ذلك قوة التهمة بالفرار من الصدقة ولا يلزم عليه العين بالماشية لأن العين جنس والماشية جنس والأغراض فيها متباينة لأن العين تراد للتصرف فيها بالشراء والبيع ، إذ لا يستغنى أحد عنها ، والماشية تراد للدر [٤] والنسل والنماء ، وهذا المعنى يستوي فيه الجنس والأجناس وتبيين ذلك أن الخلطة ثبتت في الماشية بين المختلطين ولا تثبت في العين على أن في بيعها بالعين خلافاً أيضاً ، ووجه الثانية أن لإبداله [٥] وجهاً يحمل عليه بسوى الفرار من الصدقة وهو اختلاف الأغراض وتباين المنافع فضعفت التهمة ، فإذا ضعفت حمل الأمر على ظاهره ، وكان كإبدال الذهب والفضة بإبل أو غنم والله أعلم .

فصل [١٨ - عدم قصد الفرار من الصدقة بالجمع والتفريق] :

فأما إذا لم يقصد بالجمع والتفريق الفرار من الصدقة ، فإن ذلك جائز ، ويزكيها الساعي على ما يجدها عليه من اختلاط أو انفراد ، ويقبل قول أربابها

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٧٣ ، التفريع : ١/ ٢٨٥ .
(٢) في (م) : تبنى .
(٣) في (م) : الأول .
(٤) الدر : اللبن .
(٥) في (م) : لا بد لها .

فيها (١) ، وإنما قلنا ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » (٢) ، فقيد المنع بالفرار ، فدل أنه إذا لم يقصد به ذلك ، فإنه جائز ، ولأن لهم في ذلك رفقاً ومعونة وأداؤه إلى تخفيف الزكاة مرة كإبداله إلى تثقيلها مرة أخرى ، فكان مباحاً كسائر التصرف ، وإنما قلنا : إن الساعي يقبل قول أرباب الماشية ، ويحمل الأمر على ظاهره ، لأن عمال رسول الله ﷺ وسعاته كذلك كانوا يفعلون ، ولأن الظاهر أنهم يفعلون ذلك للارتفاق والترفه بالاجتماع على الراعي والمرعى ، فأما قصد الفرار من كثرة الزكاة فأمر يبطن ويخالف الظاهر ، فوجب أن لا يترك الظاهر ويصار إلى خلافه إلا بأمارة تقوي (٣) التهمة في قصده .

فصل [١٩ - إذا خاف الساعي وجود قصد الفرار من الصدقة] :

إذا خاف الساعي أن يكون قصد الفرار من الصدقة أو أن يكون يستر عنه بعض ماشيته بنقصها من النصاب حمل الأمر على الظاهر من الصدق ، وإن أراد استحلافه على ذلك نظر ، فإن كان ذلك الإنسان على ظاهر الأمانة والديانة والصدق ولم يعرف منه إدغال ولا كذب ولا خيانة في معاملة ، فليس له استحلافه لأن ظاهر حاله ينفي التهمة عنه ، ووجب حمله على أداء الأمانة دون خفرها (٤) ، وإن كان المعروف منه خلاف ذلك من قلة مراعاة الدين ومحبة توفير المال من وجهه وغير وجهه ، وما يجري عليه معاملته بين الناس من خيانة أو ترك(٥) نصفه فإنه يستحلفه (٦) ، لأن في ذلك توصلاً إلى استيفاء حقوق الفقراء

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٧٩ ، التفريع : ١/ ٢٨٩ .

(٢) سبق تخريج الحديث .

(٣) في (م) : بالإمارة يقوى .

(٤) خفرها : بمعنى أخفاها ، ويقال : أخفرت الرجل إذا انقضت عهده (معجم مقاييس اللغة : ٢/ ٢٠٣) .

(٥) أو ترك : سقطت من (م) .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٢ ، التفريع : ١/ ٢٨٩ .

إذ قد يجوز أن يكون كتم حقوقهم فيرتدع عن اليمين ، ولأن الزكاة حق في مال[1] يستحقه آدمي فجاز إحلاف جاحده إذا عدمت البينة كحقوق الآدميين ، فأما إذا كان الفعل مما يقوي التهمة فيه ويكون قبول قول ربه فيه ذريعة إلى إسقاط الزكاة ، فإنه يعمل فيه على ما يؤدي إلى استيفاء الزكاة ولا يقبل قول أربابها ، وكذلك إذا كان الإنسان معروفاً باللدد [2] ومنع الزكاة والهرب بماشيته ، فإنه يزكي ما يجد في يده ولا يلتفت إلى ما يدعيه لقوة الإمارة الدالة على كذبه .

فصـل [٢٠ - اجتهاد ساعي الزكاة] :

إذا كانت الماشية نصاباً وهي بين خليطين لكل واحد منهما دون النصاب ، فأخذ الساعي منهما الزكاة لزمهما ، وصار كحكم الحاكم بما فيه خلاف [3] ، وإن كانت كلها دون النصاب فأخذ الساعي منها شاة ، فذلك ظلم منه لأنه خلاف النص والإجماع ولا يلزم من لم يؤخذ منه ردها على المأخوذ منه ، لأن الظلم لا يجب التراد فيه [4] .

فصـل [٢١ - في الأوقاص بين الخلطاء] :

الأوقاص على المنفرد لا شيء فيها ، وهي ما بين السنين من العدد ، فأما بين الخلطاء فتخرج على روايتين [5] : إحداهما : وجوب الزكاة فيها ، والأخرى سقوطها ، وفائدة ذلك في خليطين لهما أربعة عشرة من الإبل لأحدهما خمس وللآخر تسع ، فعليهما شاتان ، وفي كيفية وجوبها روايتان : إحداهما أن على كل واحد منهما شاة كاملة ، وهذا يوجب أن لا شيء في الأوقاص لأن كل شاة

---

(١) في (ق) : مالك .

(٢) اللدد : هو شدة الخصومة (معجم مقاييس اللغة : ٥/ ٢٠٣) .

(٣) أي أن أخذ الساعي لذلك كحكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض ولا يرد (التفريع : ١/ ٢٩٠) .

(٤) انظر : المدونة ص ٢٨٠ ، التفريع : ١/ ٢٨٨ - ٢٩٠ ، الرسالة ص١٧١ .

(٥) انظر في جملة هذه الأحكام : المدونة : ١/ ٢٧٨ - ٢٧٩ ، التفريع : ١/ ٢٨٧ - ٢٨٨ .

في مقابلة الخمس والأربع عفو ، والأخرى أن الشاتين يترادان بينهما على أربعة عشر سهماً ، فيلزم صاحب الخمسة خمسة أجزاء ، وصاحب التسع تسعة أجزاء من أربعة عشر ، ويمكن أن يقال : أن هذا الاختلاف في صفة الإخراج لا يوجب كون الزكاة في الأوقاص لكنه من مضمون [1] الشركة لقوله صلى الله عليه وسلم[2] : « وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية » [3] ، فوجه القول بوجوب الزكاة في الأوقاص على الوجه الذي ذكرناه قوله : « في أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم » [4] ، وهذا يوجب أن الغنم تؤخذ من الأربع وعشرين ومتى قلنا : أن الأوقاص لا شيء فيها أوجب [5] أن تكون مأخوذة من العشرين وأن تكون الأربع عفواً ، وقوله : « وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية»[6] وهذا يفيد تعليق الزكاة بجميع المال ، ووجه القول الآخر - وهو الصحيح - قوله : « ليس فيما دون الخمس ذود صدقة » [7] فعم ، وروي : «ليس في الأوقاص شيء » [8] ، ولأنه وقص قصر قدره عن نصاب فلم يتعلق به وجوب ، أصله الأربع من الإبل المبتدأة .

فصل [٢٢ - تأثير الخلطة فيما عدا الماشية] :

لا تأثير للخلطة فيما عدا الماشية من الأموال [9] لقوله : « وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية » [10] ، فخص بذلك الماشية ، ولأن صفات

---

(١) في (م) : مهموز .
(٢) صلى الله عليه وسلم سقطت من (م) .
(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٩٩) .
(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٨٤) .
(٥) في (م) : وجب .
(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٩٩) .
(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٩٠) .
(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٩١) .
(٩) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٥ ، التفريع : ١/ ٢٨٩ .
(١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٩٩) .

الخلطة لا تتصور في غير الماشية ، فلم يلحق غيرها بها ، ولأن الخلطة يرتفق بها الملاك مع بقاء الأعيان على الانفراد والتمييز ، وذلك غير ممكن في العين والزرع.

فصل [٢٣ - الزكاة في الخيل] :

لا زكاة في الخيل [١] خلافاً لأبي حنيفة في إيجابه الزكاة في إناثها [٢] لقوله : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق » [٣] ، وقوله : « ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة » [٤] ، وقوله : « ليس في الجبهة ولا في الكسعة ولا النخت صدقة » [٥] ، قال أهل اللغة : الجبهة الخيل [٦] ، والكسعة الحمير [٧] ، والنخت الرقيق ولأنه حيوان يقتنى للزينة والركوب كالحمير والبغال ، ولأنه حيوان لا يجزي في الضحايا والهدايا كالدجاج والفراخ والوحش ، ولأنه حيوان يسهم له كالذكور ، ولأنه جنس لا زكاة في ذكوره ، فلم يجب في إناثه كالرقيق والبغال عكسه الإبل والبقر [٨] .

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٨٩ ، المقدمات : ١/ ٣٢٣ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٦ ، ويقول الأحناف : أن الزكاة تجب في الخيل السائمة إذا كانت ذكوراً وإناثاً متخذة للنسل .

(٣) أخرجه البيهقي : ٤/ ١٨ ، عن بقية : حدثه أبو معاذ عن الزهري عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة ، وأبو معاذ متروك الحديث لا يحتج به (نصب الراية : ٢/ ٣٥٧) وعند ابن ماجه في الزكاة ، باب : صدقة الخيل والرقيق : ١/ ٥٧٩ بلفظ : «تجوزت لكم عن صدقة . . . . » .

(٤) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : ليس على المسلم في فرسه صدقة : ٢/ ١٢٧ ، ومسلم في الزكاة ، باب : لا زكاة على المسلم في عبده وفرسه : ٢/ ٦٧٥ .

(٥) هو نفسه حديث البيهقي السابق .

(٦) انظر : معجم مقاييس اللغة : ١/ ٥٠٣ .

(٧) الصحاح : ٣/ ١٢٧٦ .

(٨) هنا قياس عكس : فلما وجبت الزكاة في إناث الإبل والبقر وجبت في ذكورها ، فكذلك الخيل لما لم تجب الزكاة في ذكورهم لم تجب في إناثها .

فصل [٢٤ - شرط مجيء الساعي] :

مجيء الساعي شرط في وجوب الزكاة في الجملة [١] خلافاً لمن لم يعتبره[٢] لقوله صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » [٣] ، فأضاف ذلك إلى نفسه ولأنه كان ينفر عماله وسعاته إلى أن قبض صلى الله عليه وسلم ، وقال لمعاذ : « خذ الصدقة من أغنيائهم فردها في فقرائهم» [٤] ، ولأن أبا بكر رضي الله عنه قاتل أهل الرِّدَّة على امتناعهم من أداء الزكاة إليه [٥] ، ولأنه معنى لو تلف المال قبله لم يلزمه ضمانه فوجب أن يتعلق الوجوب به كالحول .

فصل [٢٥ - تحقيق القول في شرط مجيء الساعي] :

وتحقيق القول في ذلك : أن الزكاة في الماشية تجب بالنصاب والحول وإمكان أدائها إلى الإمام بشرط أنه إن تعذر ذلك في كل سنة كان أمرها مراعاً ، فإن جاء الساعي فوجدها على الحال التي كانت عليها أخذ منها الواجب الذي كان له فيها كل سنة ، وإن وجدها قد تلفت أو أتلفها المالك بوجه مباح لا يقصد به الفرار من الزكاة لم يضمن ، والأصل فيه أن وجوبها لم يتقرر لعدم شرط من شروطه، فكان مجيء الساعي كالخلطة في أنه تارة يخفف وتارة يغلظ ، وذلك للضرورة ، فإنه لا يجيء في السنة إلا مرة واحدة ولا يتكرر مجيئه ، فجعل له أن يزكي المال على ما يجده عليه [٦] ، وكذلك إذا تأخر عن مال سنين ، ثم جاء زكاه لتلك السنين على ما يجده عليه والله أعلم .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٨١ - ٢٨٢ .

(٢) لم يعتبر ذلك الشافعي وأحمد والحسن بن صالح وإسحق وأبو ثور وابن المنذر (انظر المغني : ٢/ ٦٨٢) .

(٣) سبق تخريج الحديث في أول كتاب الزكاة في الصفحة (٣٥٩) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٩٠) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٣٥٩) .

(٦) في (م) : ما لا يجده عليه .

باب : في زكاة الحبوب والثمار وغيرها

وما أنبتته الأرض من الأقوات وما يجري مجراها من الثمار والحبوب المأكولة المدخرة ، ففيه زكاة ولا زكاة فيما أنبتته من غير المأكول لا [1] فيما لا يقتات ويدخر من المأكولات كالفواكه والبقول وما يجري مجراها [2] ، والأصل في وجوب الزكاة في الحرث والثمار قوله تعالى : ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ [3] وقوله : ﴿ ومما أخرجنا لكم من الأرض ﴾ [4] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « فيما سقت [5] السماء العشر وما سقي بالنضح ففيه نصف العشر » [6] .

فصل [١ - أنواع الثمار التي تجب فيها الزكاة] :

وتجب الزكاة في الثمار في ثلاثة أنواع : وهي التمر والزبيب والزيتون ، فأما التمر والزبيب فلا خلاف في وجوب الزكاة فيهما [7] ، ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال في زكاة الكرم : « يخرص مثل النخل ويؤخذ زكاته زبيباً كما تؤخذ زكاة التمر تمراً » [8] .

---

(١) لا : سقطت من (م) .

(٢) في جملة أحكام زكاة الحبوب والثمار انظر : المدونة : ١/ ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، التفريع : ١/ ٢٩٠ - ٢٩٢ ، الرسالة ص ١٦٥ - ١٦٧ .

(٣) سورة الأنعام ، الآية : ١٤١ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٦٧ .

(٥) في (م) : سقته .

(٦) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : العشر فيما سقي من ماء السماء : ٢/ ١٣٣ ، ومسلم في الزكاة : ٢/ ٦٧٥ .

(٧) انظر : الإجماع ص ٤٧ ، المغني : ٢/ ٦٩١ ، المجموع : ٥/ ٣٠٧ .

(٨) أخرجه النسائي في الزكاة ، باب : شراء الصدقة : ٥/ ٨٢ ، وابن ماجه في الزكاة، باب : خرص النخل والعنب : ١/ ٥٨٢ ، والترمذي في الزكاة ، باب : ما جاء في =

فصـــل [٢ - دليل وجوب الزكاة في الزيتون] :

وإنما قلنا : إن الزكاة تجب في الزيتون إذا بلغ كيلة خمسة أوسق [١] ، خلافاً للشافعي [٢] لقوله : « فيما سقت السماء العشر » [٣] فعم ، ولأنه حب يقتات زيته غالباً فأشبه السمسم ، ولأن الزكاة تجب في الحمص واللوبياء وأنواع القطاني [٤] والزيتون أعم منفعة في باب الأقوات ، فكان أولى بوجوب الزكاة ، فإذا ثبت أن فيه الزكاة فإنها تؤخذ من زيته لأن الأداء هو مما ينتهي إليه ، فإذا صار إلى حد يقتات كما تؤخذ الرطب والعنب بعد أن يصير أقواتاً ، فإن بيع حباً فقيل : يخرج من ثمنه ، وقيل : من زيت مثله ، فمن أصحابنا من جعل إخراج الزكاة من ثمنه رواية في أخذ القيم في الزكوات ، ومنهم من علله بأن الإخراج من عينها قد فات ببيتها ، وهذا هو الصحيح متى قلنا بإخراج الزكاة من الثمن ، وإذا لم نقل ذلك أخرج من زيته مثله وهو النظر ، وكذلك الحكم في الثمر الذي لا يثمر والعنب الذي لا يتزبب إنه يتوخى كم يخرج منه إن لو [٥] كان مما يثمر أو يتزبب فيخرج منه ذلك القدر .

فصـــل [٣ - إخراج القيم في الزكاة] :

ولا يجوز إخراج القيم في الزكاة خلافاً لأبي حنيفة لقوله صلى الله عليه

= الخرص : ٢/٣٦ ، ومداره على سعيد بن المسيب عن عتاب ، قال أبو داود : لم يسمع منه ، وقال : أن نافع لم يدركه ، وقال الترمذي : هذا حديث حسن غريب (تلخيص الحبير : ٢/١٧١) .

(١) انظر : المدونة : ١/٢٨٤ - ٢٨٥ ، التفريع : ١/ ٢٩٠ .

(٢) مختصر المزني ص ٤٨ ، الإقناع ص ٦٤ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) القطاني : جمع القطنية - بكسر القاف - اسم جامع للحبوب التي تطبخ ، وذلك مثل العدس والحمص والباقلاء واللوبياء والأرز وغيرها (المصباح المنير ص ٥٠٩ ، الصحاح: ٦/٢١٨) .

(٥) في (ق) : اللو .

وسلم [1] : « خذ الإبل من الإبل والبقر من البقر والغنم من الغنم والحب من الحب » [2] ، ففيه دليلان : أحدهما : أن تعيينه ما يأخذ من كل جنس يمنع التخيير بينه وبين غيره ، والثاني أن سياقة الجميع على أخذ الجنس من الجنس تنبيه على كون المنصوص مستحقاً ، وفي [3] قوله : « في أربعين من الغنم شاة وفي خمس من الإبل شاة » [4] ، وقوله : « في خمس وعشرين بنت مخاض ، فإن لم توجد فابن لبون ذكر » [5] ، ففيه أدلة : أحدهما : أنه عيَّن بنت مخاض فلم يجز غيرها ، والثاني : أن الشرط يقتضي أن لا يخرج ابن لبون مع وجود بنت مخاض وعندهم يجوز ، وفي ذلك إسقاطا الخبر ، والثالث : أنه عين ما يخرج عند عدمها ولو كان إخراج القيمة جائزاً ، لكان لا معنى للتعيين ، وكذلك نصه في زكاة الفطر على التمر والشعير ، ولأنه عوض عن الواجب المنصوص في الزكاة على وجه القيمة فأشبه السكنى ، ولأن الزكاة حق تخرج على وجه الطهر كالرقبة في الكفارة ، فلو تصدق بقيمة العبد لم يجزه ، ولأنه لو أخرج في زكاة الفطر نصف صاع من غير قوت بلده قيمته قيمة صاع من قوت بلده لم يجزه لأنه إخراج زكاة بقيمة كذلك في مسألتنا ، ولأن ذلك في معنى شراء الصدقة فليس له التصرف في ملك من لا ولاية عليه .

فصل [٤ - أنواع الحبوب التي تجب فيها الزكاة] :

والحبوب التي تجب فيها الزكاة : كل مقتات مدخر وما جرى مجراه [6] من

---

(١) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٢) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : صدقة الزرع : ٢/ ٢٥٤ ، وابن ماجه في الزكاة، باب : ما تجب فيه الزكاة : ١/ ٥٨٠ ، وصحَّحه الحاكم على شرط البخاري ، ومسلم إن صح سماع عطاء من معاذ ، وقال البزار : لا نعلم أن عطاء سمع من معاذ (تلخيص الحبير : ٢/ ١٧٠) .

(٣) في : سقطت من (ق) .

(٤) ، (٥) سبق تخريج الحديثين في صفحة (٣٨٤) .

(٦) انظر : المدونة: ١/ ٢٨٣ - ٢٨٨ ، التفريع: ١/ ٢٩٠، الرسالة ص ١٦٥ - ١٦٦ .

الحنطة [1] ، والشعير [2] ، والسلت [3] ، والأرز والذرة والدخن [4] والباقلاء والحمص والسمسم واللوبيا والعدس والترمس والجلبان [5] ، والبسيلة [6] ، وحب الفجل وما قارب معانيها ، لأن هذه الأشياء مقتاتة مدخرة وبعضها متخذ لمعنى القوت وما جرى مجراه وبها قوام عيش الناس غالباً في أقواتهم وإدامهم .

فصل [٥ - ما يضم من الحبوب والتمر والزيتون إلى بعضها وما لا يضم] :

وهذه الحبوب والثمار على ضربين : منها ما هو صنف بنفسه لا يضم إليه إلا ما كان من أنواع جنسه ، وذلك كالتمر إنه جنس لا يضم إليه غيره من زبيب أو زيتون أو حنطة أو غيرها ، ويضم أنواع [7] بعضها إلى بعض كالبرني [8] والمعقلي[9] ، والطبرزي [10] ، والآزاد [11] ، والدقل [12] هذا أنواعه عندنا

---

(١) الحنطة : هي القمح والبر (المصباح المنير ص ١٥٤) .

(٢) الشعير : حب معروف .

(٣) السلت - بضم السين وتشديدها - : قيل : ضرب من الشعير ليس له قشر ، وقيل: حب بين الحنطة والشعير ولا قشر له كقشر الشعير فهو كالحنطة في ملاسته وكالشعير في طبعه وبرودته (المصباح المنير ص ٢٨٤) .

(٤) الدخن : حب صغير معروف عشبي من النجيليات (المعجم الوسيط : ١/ ٢٧٦).

(٥) الجلبان : نبات عشبي من فضيلة القطنيات (المعجم الوسيط : ١/ ١٢٨) .

(٦) البسيلة : بقل من فصيلة القطنيات له حب كالترمس يؤكل أخضر ويطبخ يابساً (لسان العرب : ١١/ ٥٤) .

(٧) في (م) : أنواعه .

(٨) البرني : نوع من أجود التمر (المصباح المنير ص ٤٥) .

(٩) المعقلي : نوع من التمر بالبصرة ينسب إلى معقل بن يسار المزني (المصباح المنير ص ٤٢٣) .

(١٠) الطبرزي : هو السكر الأبلوج وبه سمي نوع من التمر لحلاوته (المصباح المنير ص ٣٦٨) .

(١١) الآزاد : نوع من أجود التمر (المصباح المنير ص ١٣) .

(١٢) الدقل : أردأ التمر (المصباح المنير ص ١٩٧) .

ببغداد والعراق ، وعند أهل الحجاز ومصر البرنى والعجوة [1] والصيحاني [2] وغير ذلك ، وكذلك الزبيب صنف واحد لا يضم إليه غيره ويضم أنواعه كالرازقي [3] والطائفي والخراساني والأسود ، والضرب الآخر ما يضم إلى غيره ويكون معه كالجنس ، وذلك هو الحنطة والشعير والسلت فقط لا يضم حب إلى غيره سوى هذه الأصناف الثلاثة لأنها في معنى الصنف الواحد على ما سنذكره ، فأما القطاني وهي الحمص والعدس والفول واللوبيا والترمس والجلبان والبسيلة وما أشبهها ، فإنها صنف واحد يجمع بينها في الزكاة [4] ، وقد قال في البيوع : إنها أصناف يجوز التفاضل بينها [5] إلا الحمص واللوبيا والجلبان والبسلة فمن [6] أصحابنا من خرج هذا رواية أخرى في الزكاة ، ومنهم من قال : في الزكاة صنف وفي البيوع أصناف .

فصل [٦ - لا يضم الصنف إلى غيره] :

وإنما قلنا : إنه لا يضم صنف إلى غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » [7] ، وقد علمنا أنه لم يرد بذلك من كل شيء، فوجب حمله على الصنف الواحد، ولأنه لا خلاف أنه لا يضم صنف إلى صنف

---

(١) العجوة : ضرب من أجود التمر بالمدينة (المعجم الوسيط : ٥٨٧/٢) .

(٢) الصيحاني : تمر معروف بالمدينة ، ويقال : كان كبش اسمه صيحان شد بنخله فنسبت إليه (المصباح المنير ص ٣٥٣) .

(٣) الرازقي : ضرب من العنب - عنب الطائف - أبيض طويل الحب (المعجم الوسيط: ٣٤٢/١) .

(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢٨٨/١ ، التفريع : ٢٩١/١ - ٢٩٢ ، الرسالة ص ١٦٥ - ١٦٦ .

(٥) يقصد بقوله : وقد قال في البيوع : الإمام مالك (المدونة : ١٧٩/٣) .

(٦) في (م) : فإن .

(٧) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : زكاة الورق ، ومسلم في الزكاة ، باب : ما فيه الزكاة من الأموال .

إذا لم يكن في وقته ، فكذلك إذا كان في وقته ، وكان من غير صنفه ولا خلاف في ذلك [1] .

فصـل [٧ - دليل ضم أنواع الصنف الواحد بعضها إلى بعض] :

وإنما قلنا : إن أنواع الصنف يضم بعضها إلى بغض لأن الصنف قد جمعها ، ولأن المنفعة واحدة لا تكاد تختلف فيها ، فكان كالضأن والمعز والبخت والغراب والبقر والجواميس ، وكذلك الزبيب والقشمش [2] .

فصـل [٨ - في كون الشعير والحنطة والسلت في حكم الجنس الواحد] :

وإنما قلنا : إن الشعير والحنطة والسلت في حكم الجنس الواحد ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] ، لقوله : « فيما سقت السماء العشر » [4] فعم ، ولأن الحنطة والشعير والسلت يجتمعون [5] في المنبت والمحصد ولا يكاد أحدها ينفك من الآخر مع تقارب المنافع ، فجرت مجرى العلس [6] والحنطة ، وافتراقها في الاسم لا يوجب افتراقها في الحكم كالزبيب والقشمس والجواميس والبقر .

فصـل [٩ - نصاب الحرث] :

ولا زكاة في شيء من الحرث حتى تبلغ خمسة أوسق [7] خلافاً لأبي حنيفة[8]

---

(١) انظر : الإجماع ص ٤٧ ، المغني : ٢/ ٧٣٠ - ٧٣١ .

(٢) القشمش : ضرب من الزبيب ، صغير الحب جداً ، وقيل : إنه ثمر ما ينبت من النوى (التفريع : ٢/١٢٦) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٧ ، مختصر المزني ص ٤٨ .

(٤) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : العشر فيما سقى من السماء : ٢/١٢٣ .

(٥) في (م) : يجتمع .

(٦) العلس - بفتح العين واللام - : جنس من الحنطة (المطلع ص ١٣٠) .

(٧) انظر : المدونة : ١/٢٨٣ - ٢٨٤ ، التفريع : ١/ ٢٩٠ ، الرسالة ص ١٦٥ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٦ ، مختصر القدوري : ١/ ١٥٠ ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء في ذلك حتى يبلغ خمسة أوسق .

في قوله : إن الزكاة واجبة في قليله وكثيره من غير نصاب يعتبر ، لقوله صلى الله عليه وسلم [١] : « ليس فيما دونه خمسة أوسق صدقة » [٢] ، ولأنه مال تجب الزكاة في عينه ، واعتبر فيه النصاب كالعين والماشية ، ولأنه حق يجب في المال ينسب إليه يصرف مصروف الزكوات فوجب أن يكون معتبراً بحد لا يجب فيما قصر عنه أصله ربع العشر المأخوذ من الذهب والورق ، ولأن الزكاة طريقها المواساة ، فوضع النصاب ليبلع المال حداً محتملا له ، وفي القول بأنه يلزم في العشر سنبلات سنبلة خروج عن الأصول ، فوجب حمل هذا النوع من الأموال على باقي جنسه من الذهب والفضة والماشية .

فصل [١٠ - قدر النصاب] :

والخمسة الأوسق [٣] هي ثلاث مائة صاع [٤] وهي ألف ومائتا مد ، والصاع أربعة أمداد وهو خمسة أرطال وثلث بالبغدادي ، والوسق ستون صاعاً والجملة ألف وستمائة رطل بالبغدادي [٦] ، وعند أبي حنيفة أن الصاع ثمانية أرطال بالبغدادي [٦] ، ودليلنا نقل أهل المدينة خلفاً عن سلف [٧] ، وقرناً بعد قرن أن صاع النبي ﷺ على ما ذكرناه نقلوا ذلك نقلاً يتساوى أطرافه وهم من امتناع الكذب والغلط على مثل عددهم ، ومن امتناع التواطي والتشاعر [٨] والتراسل

---

(١) صلى الله عليه وسلم سقطت من (ق) .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) الوسق في اللغة : كلمة تدل على ضم الشيء بعضه إلى بعض (غرر المقالة ص ١٦٥) .

(٤) الصاع : مكيال معروف وقدره أهل الحجاز بأربعة أمداد ، وقدره أهل العراق بثمانية أرطال (المعجم الوسيط : ٥٢٨/١) .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٢٩٠ - ٢٩١ ، الرسالة ص ١٦٥ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩ .

(٧) ذُكر نقل أهل المدينة في : ترتيب المدارك : ٤٨/١ ، أعلام الموقعين : ٣٧٤/٢ ، المحلي : ٢٤٦/٥ .

(٨) التشاعر : سقطت من (م) .

بينهم بصفة من يلزم العلم بنقل خبرهم ، فكان نقلهم لذلك بمثابة نقل قبره ومنبره صلى الله عليه وسلم في لزوم العلم به ، وكان أولى من أخبار الآحاد وغيرها ، ولذلك رجع أبو يوسف عن قول أبي حنيفة في الصاع إلى قول صاحبنا لما ناظره بحضرة الرشيد [١] ، فقال مالك رحمه الله [٢] : هذا صاع [٣] رسول الله ﷺ عندنا ينقله الخلف عن السَّلَف ، واستدعى أهل الأسواق فكلهم أخبر بذلك فرجع يعقوب عن مذهب أبي حنيفة إلى مذهب إمام دار الهجرة [٤] ، فكان هذا من أقوى حجه عليهم .

فصـــل [١١ - فيما زاد على الخمسة أوسق] :

فإن زاد على الخمسة أوسق ففيه بحسابه لقوله : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » [٥] ، فمفهومه وجوبها في الخمسة وفيما زاد عليها ، وقوله : « فيما سقت السماء العشر » [٦] ، ولأنها زيادة على نصاب في مال ينسب ما يخرج منه إلى العشر ، فكانت في القليل والكثير وكزكاة الإبل .

فصـــل [١٢ - لا حول في زكاة الحرث] :

ولا حول في زكاة الحرث [٧] ، والفرق بينها وبين زكاة العين والماشية أن

---

(١) **الرشيد** : الخليفة أبو جعفر هارون بن المهدي محمد بن المنصور أبي جعفر عبد الله ابن محمد بن عليّ بن عبد الله بن عباس الهاشمي العباسي ، كان من أنبل الخلفاء وأحشم الملوك ذا حج وجهاد ، وروي عن أبيه وجده ومبارك بن فضالة ، روي عنه : ابنه المأمون وغيره (توفى سنة ١٩٣ هـ) (انظر سير أعلام النبلاء : ٩/ ٢٨٦ ، شذرات الذهب : ١/ ٣٣٤) .

(٢) رحمه الله : سقطت من (ق) .

(٣) صاع : سقطت من (ق) ، و(م) .

(٤) القصة مشهورة ، ذكرها البيهقي : ٤/ ١٧١ ، وفتح الباري : ١١/ ٥٩٨ ، وقد ذكر رجوع أبي يوسف أبو عبيد في الأموال ص ٤٦٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤١٣) .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤١٥) .

(٧) انظر الرسالة ص ١٦٥ .

الحرث وضع ترفيهاً لأرباب الأموال ورفقاً بهم ليمهلوا في أموالهم مدة تنمي بالتصرف وتزيد بالتقلب ، وذلك غير محتاج إليه في الزرع لأنه متكامل ببلوغه متناهي النماء بإطعامه ، فلم يحتج إلى ضرب مدة مع الاستغناء عنه ، يبين ذلك أن قصور المال عن حد يحتمل المواساة لما كان يمنع الزكاة انتظر به بلوغه إلى ما يحتمل ذلك ، ثم كانت زكاة الحرث مشاركة كزكاة [1] العين والماشية في الحاجة إلى ذلك فاعتبر منها .

فصل [١٣ - الواجب فيما سقى سيحاً ونضحاً] :

والواجب فيها معتبر بالسقي فما سقي سيحاً أو بعلاً [2] ، فيه العشر وما سقي نضحاً ففيه نصف العشر [3] ، وإنما قلنا ذلك لما روي في حديث عمرو بن حزم أنه صلى الله عليه وسلم قال : « فيما سقت السماء العشر أو كان بعلاً ففيه العشر وما سقي بالرشاء والدالية ففيه نصف العشر » [4] ، وروي : « فيما سقت الأنهار والعيون والسماء العشر وما سقي بالسانية [5] والنضح والغرب [6] نصف العشر » [7] ، هذه الألفاظ لم ترو في خبر واحد ، وإنما جمعتها من عدة أخبار ولأن المؤونة إذا كثرت قلت الزكاة ، وإذا قلت كثرت الزكاة اعتباراً بالأصول .

فصل [١٤ - نصاب ما اختلف سقيه بالسيح والنضح] :

وإن اختلف سقيه بالسيح والنضح فخرجه أصحابه على روايتين [8] : إحداهما

---

(١) في (م) : الزكاة .

(٢) البعل : هو ما سقته السماء ، وقال الأصمعي : البعل ما يشرب بعروقه من غير سقي ولا سماء (المصباح المنير ص ٥٥) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٣ ، التفريع : ١/ ٢٩١ .

(٤) سبق تخريج الحديث في أول كتاب الزكاة .

(٥) السانية : البعير يستقى عليه من البئر (المصباح المنير ص ٢٩٢) .

(٦) الغرب : الدلو العظيمة يستقى بها على السانية (المصباح المنير ص ٤٤٤) .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) انظر : التفريع : ١/ ٢٩١ .

أن الأقل تابع للأكثر ، والأخرى أنه يؤخذ من كل واحد [1] بحسابه ، والروايتان بناء على بيع أصل الحائط وتأبير بعض الثمرة ، وقيل : ينظر إلى الذي جيىء من الزرع فيكون الحكم له ويكون الآخر تبعاً لا حكم له : فإذا قلنا : إن الحكم للأكثر فلأن غالب الأصول أن الأقل تابع للأكثر كالضأن والمعز إذا اجتمعا في الزكاة والغنم المأخوذ في صدقة الإبل وغير ذلك فكذلك في مسألتنا ، وإذا قلنا : إنه يؤخذ من كل واحد بحساب سقيه فلقوله صلى الله عليه وسلم [2] : « فيما سقت السماء أو كان بعلاً العشر وما سقى بالسانية ففيه نصف العشر » [3] وهذا عام ، ولأنه زرع سقي سقياً له تأثير في الزكاة فكان المأخوذ منه معتبراً بسقيه ، أصله إذا كان كثيراً وكان سقياً واحداً ، وإذا قلنا : إن المعتبر بما جيء به الزرع فلأن الغرض بالسقي كمال الزرع وانتهاؤه إلى حيث ينتفع به ، وهذا لا يوجد إلا في الآخر الذي بفواته يفوت هذا المعنى ، ولأن الأصول شاهدة لما قلناه كالرجل يداين قوماً في سقي زرع والنفقة عليه ، ثم يفلس إنه يبدأ بآخرهم نفقة ، فالذي جيئ الزرع بنفقته وسقيه كذلك في هذا الموضع .

فصل [١٥ - نصاب ما استوى سقياه] :

وإذا استوى سقياه أخذ منه ثلاثة أرباع العشر لعموم الخبر ، ولأنه لا يكون الاعتبار بأحدهما أولى من الآخر ، ولأنه ليس هناك ما يوجب الترجيح والتبع [4] .

فصل [١٦ - الزكاة تؤخذ من النوع الواحد جيداً أو رديئاً] :

لا يخلو التمر الصنف والحبوب المضموم بعضها إلى بعض [5] أن يكون نوعاً

(١) واحد سقطت من (ق) .

(٢) صلى الله عليه وسلم سقطت من (ق) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤١٥) .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٢٩١ .

(٥) في (ر) : لا يخلو التمر أن يكون نوعاً واحداً .

واحداً أو مختلفاً ، فإن كان نوعاً واحداً إما جيداً أو رديئاً أخذت منه الزكاة لأن الوجوب متعلق به والأخذ تابع للوجوب ، وقال عبد الملك [١] : إذا كان رديئاً كله لم يؤخذ منه وكلف صاحبه أن يخرج من غيره واعتبره بالماشية أن صاحب السخال إذا كان له أربعون سخلة يكلف أن يأتي بالسن الوسط كذلك هذه ، والفرق على قول مالك بالثمار والماشية في جواز الأخذ من صنف الثمر كان رفيعاً أو دنياً من غير أن يكلف صاحبه سواه ومنع ذلك في الماشية وأخذ صاحبها بهذا [٢] السن الوسط [٣] إلا أن يتطوع بالأعلى ، لأن عمال النبي ﷺ كانوا يأخذون الجذعة والثنية ويأخذون عشر الثمار ما وجدوا منها ، وكذلك ربع العشر من كل صنف العين جيدها ورديئها ، ولأن الماشية تساق وتسير بنفسها من غير تكلف لحملها ، فلو أجزنا المعيبة والمريضة والعرجاء والسخلة لاحتيج إلى تكلف أجرة لمن يحملها ولأدى ذلك إلى استهلاك الحمل لقيمتها أو بعضها ، وليس كذلك الثمار والحبوب لأنه لا بد من حمله فاستوى جيده ورديئه ، ولأن الماشية تؤخذ في البوادي غالباً ، وبحيث يكون ثمنها قدراً لو أريد بيعها وليس كذلك الثمار لأنها توجد بالمصر أو بقرية من السواد والقرى ، وحيث [٤] تكون أسواقها والمبالغة في أثمانها والتقارب فيه والأول أصح [٥] ، وإن كان ذلك الصنف من الثمار مختلفاً فلا يخلوا من ثلاثة أحوال : إما أن يكون نوعين متساويين مثل أن يكون نصفه جيداً ونصفه رديئاً ، وهذا يؤخذ من كل صنف بقدره لأنه ليس الآخذ من إحداهما بأولى من الأخرى ، أو يكون نوعين أحدهما الأكثر ، والآخر الأقل ، وتتخرج فيها روايتان : إحداهما : أن يؤخذ من الأكثر ويكون الأقل تابعاً له والآخر أنه من كل واحد بقدره ؛ أو أن يكون ثلاثة أنواع جيداً ورديئاً

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٢٩٢ .

(٢) في (م) : بشراء .

(٣) في (م) : الحضر .

(٤) في (ق) : من السواد والقرى يوجد من يبتاعها .

(٥) في (ق) ، و (م) : أوضح .

ووسطاً ، ففيه روايتان : إحداهما : أنه يؤخذ من الوسط ، والآخر : أنه يؤخذ من كل واحد بقدره ، وإذا قلنا : إنه يؤخذ من الوسط فلأنه يشق على الساعي أن يعشر كل نخلة ، ولأنه معتبر بالمواشي أنه لا يؤخذ من أعلاها ولا من أدناها ، وإنما يؤخذ الوسط من السن ، فكذلك الثمرة ، وإذا [1] قلنا : يؤخذ من كل واحد [2] بقدره ، فلأن الوجوب لما كان جارياً على الجميع أخذ من كل صنف بقدره اعتباراً به إذا انفرد [3] .

فصــل [١٧ - وقت وجوب زكاة الحبوب والثمار] :

الزكاة [4] تجب في الثمار بطيبها وبدو صلاحها [5] ، وفي الحبوب بيبسها وإفراكها [6] ، لأن ما قبل ذلك يكون علفاً لا طعاماً ، ألا ترى أن بيعها بالطعام قبل الإطعام جائز إلى أجل إذا قطعت ، وأن التفاضل غير ممنوع في الجنس منها، فإذا أطعمت تعلقت بها أحكام الطعام [7] .

فصــل [١٨ - من باع ثمرة قد بدى صلاحها] :

إذا باع ثمرة قد بدى صلاحها ، فالزكاة على البائع لأنه باعها بعد تقرر وجوب الزكاة فيها ، فإن قبض المشتري الثمرة وأفلس البائع اتبعه المصرف بزكاتها ولم يطالب المشتري لأن البائع لما باع الثمرة تعلق الوجوب بذمته ، كما لو أكلها، والمشتري لم يتعلق بذمته شيء فلم يطالب ، وقال أشهب : تؤخذ الزكاة

---

(١) في (م) : إنما .

(٢) في (م) : ثمرة .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ٢٨٣ ، التفريع : ١/ ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٤) لفظ الزكاة سقط من (م) .

(٥) بدو الصلاح : أي ظهوره (الفواكه الدواني : ١/ ٣٣٤) .

(٦) إفراكها : المراد بالإفراك أن يبلغ حداً يستغنى معه عن السقي، وذهاب الرطوبة وعدم النقص (مواهب الجليل : ٢/ ٢٨٧) .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٨ ، التفريع : ١/ ٢٩٢ ، الكافي ص ١٠١ .

من المشتري ويرجع به على البائع ووجه هذا [1] : أن البائع باع حقه وحق المساكين فنفذ بيعه في حق نفسه ولم ينفذ في حق غيره كالبائع ملكه وملك غيره ، والفرق على قول أشهب [2] بين يسار البائع وإعساره أن في يساره يتعلق الوجوب بذمته فله أن يؤديه [3] من حيث شاء ، ولا ضرر على المساكين في مطالبته وليس كذلك مع الإعسار لأن ذمته معيبة [4] ، فلو رجع عليه في الزكاة لم يحصل للمساكين منه شيء ، فلذلك عدل إلى الثمرة ؛ وإن باعها مع الأصل [5] قبل بدو الصلاح [6] ، فلا زكاة على المشتري كما لو باع عبداً بعد طلوع الفجر من يوم الفطر ، لكانت الزكاة على البائع لأن الوجوب صادفه وهو في ملكه ولو باعه قبل طلوع الفجر أو غروب الشمس ، لكانت الزكاة على المشتري لأن الوجوب صادفه وهو في ملكه كذلك في مسألتنا [7] ؛ وإن باعها بشرط القطع فلا زكاة على واحد منها ، فإن أخرها المشتري حتى طالبت بطل البيع وكانت الزكاة على البائع لأنها على ملكه ، وكذلك لو باعها بشرط التبقية وكذلك حكم الهبة إن كانت بعد بدو الصلاح فالزكاة على الواهب وإن كانت قبله ، فعلى الموهوب له وكذلك في [8] موت المالك بعد بدو الصلاح أن الزكاة واجبة فيه وإن كان [9] في حصة كل وارث أقل من النصاب لأن الوجوب تقرر في ملك الميت

---

(١) في (م) : ووجهه .

(٢) في (م) و(ر) : ابن القاسم وهو خطأ .

(٣) في (م) : يؤدي .

(٤) في (م) : و (ر) : معينة .

(٥) في (ق) : الأصول .

(٦) في (م) : صلاحها .

(٧) انظر : المدونة : ٢٨٧/١ ، التفريع : ٢٩٢/١ ، الكافي ص ١٠١ .

(٨) في : سقطت من (م) .

(٩) في (م) : كانت .

قبل انتقاله إلى الورثة ؛ وإن مات قبل بدو الصلاح فلا زكاة [1] على الورثة إلا على من ملك منهم نصاباً لأن الوجوب تقرر بعد ملكهم [2] .

فصل [١٩ - في خرص النخل والعنب] :

ويخرص [3] النخل والكرم إذا بدى صلاحهما فلا يخرص من الثمار سواهما[4] ، فإن بلغ ما يخرص نصاباً ضمن أصله حصة الفقراء منه وخلي بينهم وبينه إن شاؤوا أكلوا أو باعوا ، وإن شاؤوا تركوا ولم يضمنوا وإن قصر عن قدر النصاب فلا شيء عليهم ، وإن أصاب الثمر جائحة بعد خرصها لم يضمن أربابها إلا أن يبقى بعد الجائحة نصاب كامل فتكون فيه الزكاة ، وإذا زاد الخرص أخرجت الزكاة من الزيادة استحباباً لا إيجاباً ، وإن نقص عن الخرص لم تنقص الزكاة ، وفي تخفيف الخرص للأكل والعرية روايتان : إحداهما الإثبات ، والأخرى المنع .

فصل [٢٠ - دليل خرص النخل والعنب] :

وإنما قلنا : يخرص النخل والكرم خلافاً لأبي حنيفة [5] لما روي عتاب بن أسيد [6] : أن رسول الله ﷺ [7] أمر أن يخرص العنب كما تخرص النخل

---

(١) في (م) : زيادة .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٧ ، الموطأ : ١/ ٢٧١ ، التفريع : ١/ ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، الكافي ص ١٠١ .

(٣) الخرص : هو الحزر والتقدير لثمرتها ولا يمكن إلا عند طيبها ، والخرص - بالكسر - الشيء المقدر .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٤ ، التفريع : ١/ ٢٩٣ ، الكافي ص ١٠٢ .

(٥) لأبي حنيفة : سقطت من (ق) .

(٦) **عتاب بن أسيد** : بن أبي العيص بن أمية الأموي المكي له صحبة ، وكان أمير مكة في عهد النبي ﷺ مات يوم موت أبو بكر الصِّدِّيق ، وقيل : أنه كان عاملاً على مكة لعمر سنة إحدى وعشرين (تقريب التهذيب : ٣٨٠) .

(٧) في (م) : النبي .

وتؤخذ صدقة النخل ثمراً [1] ؛ ولأنه صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله ابن رواحة [2] إلى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر ثم يقول : « إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي » [3] ، ولأن في ذلك نظر لأرباب الأموال والفقراء ، ولأن العادة جارية بأن هاتين الثمرتين تؤكلان رطبتين ، فلو منعنا الخرص لكنا بين أمرين : إما أن يمنع أربابها أكلها ، وفي ذلك إضرار بهم أو منعهم من [التصرف فيها] [4] على الوجه المأذون فيه من التفكه واتخاذ العصير والخل وغير ذلك من ضروب المنافع التي إن أخروها إلى الجفاف بطلت عليهم أو أن يؤذن لهم في التصرف فيها أو أن [5] يطلقوا في تناولها قبل معرفة حق الفقراء ، وفي ذلك إضرار بالفقراء لأنا لا نعرف حقوقهم ولا نرجع في ذلك إلى أرباب الأموال للعلم بتسرع أكثرهم إلي تناولها وقلة مراعاتهم حقوق الفقراء ، فلم يبق إلا الخرص .

فصل [٢١ - الخرص في النخل والعنب دون غيرها] :

وإنما قصرنا الخرص على النخل والكرم دون غيرهما [6] للإجماع [7] ، ولأن العادة مختصة بهما في أكلهما حال رطوبتهما دون غيرهما ، وكذلك ما فيهما من المنافع حال الرطوبة لا يوجد فيما عداهما ، لأن غيرهما من الثمار إنما يحصل

---

(١) حديث عتاب سبق تخريجه .

(٢) عبد الله بن رواحة : بن ثعلبة بن امريء القيس الخزرجي الأنصاري الشاعر ، أحد السابقين ، شهد بدراً ، واستشهد بمؤتة ، وكان ثالث الأمراء بها في جمادي الأولى سنة ثمان (تقريب التهذيب : ٢٠٣) .

(٣) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : متى يخرص التمر : ٢/ ٢٦٠ ، والحديث فيه جهالة ، وأخرجه عبد الرزاق والدارقطني : ٢/ ١٢٣٤ ، وأرسله معمر ومالك وعقيل (تلخيص الحبير : ٢/ ١٧٢) .

(٤) مطموس في جميع النسخ ، وأتممت النقص على حسب ما يقتضيه السياق .

(٥) في (م) : و .

(٦) في (ق) : غيرها .

(٧) انظر : المغني : ٢/ ٧١٠ ، المحلي : ٥/ ٣٨٥ .

الانتفاع به بعد [1] اليبس والجفاف ، فلم تدعنا ضرورة إلى خرصه كما دعت إلى ذلك في مسألتنا ، ولأن خرص سائر الثمار غير ممكن كإمكان ذلك في النخل والكرم ، ولأن الرطب والعنب يظهران فيتمكن الخارص من خرصهما ، إذ ليس شيء يمنع من رؤيتهما ولا يحول بينه وبينهما ، وليس كذلك ما عداهما من الزرع والثمار لأنه إما مغيب في بيته [2] وسنبله أو كامن في ورقة ومستتر في أكمامه[3] وذلك كله[4] مانع من خرصه وحائل دون حرزه ، فبان الفرق بين الموضعين .

فصل [٢٢ - الخرص يكون بعد بدو الصلاح] :

وإنما قلنا : إنهما يخرصان بعد بدو الصلاح لحديث عائشة رضي الله عنها : «أنه صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الأنصاري [5] إلى يهود خيبر [6] ليخرص النخل حين تطيب قبل أن يؤكل منه » [7] ، ولأن ذلك وقت وجوب الزكاة ، فأما قبله فلاحق للفقراء فيها فلم يجب خرصها ، ولأن الخرص إنما يراد لمعرفة حق [8] الفقراء وحفظه عليهم ، وذلك يقتضي أن يكون هناك حق قد وجب فيجب خرصه .

فصل [٢٣ - التخلية بين الثمرة وأهلها بعد الخرص] :

وإنما قلنا : إنه إذا خرصها خلي بينها وبين أهلها ، فلأن الخرص إنما وضع ليعرف مقدار حق الفقراء منها ، فإذا عرف ذلك لم يبق ما يمنع أهلها منها ومن

---

(١) بعد : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : نبته .

(٣) الأكمام : جمع - كم - بالكسر - : وعاء الطلع وغطاء النور (المصباح المنير ص ٥٤١) .

(٤) كله : سقطت من (م) .

(٥) الأنصاري : سقطت من (م) و (ر) .

(٦) خيبر : سقطت من (ق) و (ر) .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) في (ق) : حقوق .

تصرفهم فيها ، وإنما قلنا : إن الثمرة إذا أجيحت فلا شيء على أربابها فلأنها في أيديهم أمانة لأنهم بنفس الخرص لا يضمنوها لأن الخرص لم يوضع للضمان ، وإنما أريد لإباحة التصرف إذا عرف قدر حقوق الفقراء ، فإن [1] تصرفوا فيها تعلقت الزكاة في ذمتهم بالتصرف ، فإن تركوها كانت أمانة فلم يضمنوا » [2] جوائح السماء وكانوا شركاء للفقراء ، فإن بقى بعد الجائحة نصاب كامل أخذت منه [3] لأن ما تلف كأنه لم يكن وصار كأنه لم يوجد سوى هذا القدر .

فصل [٢٤ - إذا زاد الخرص] :

وإنما قلنا : إن الخرص إذا زاد لم يلزم الزكاة فيه لأنه حكم قد نفذ ، فلم ينقض من بعد ، وكذلك إذا نقص لم ينقص الزكاة [4] لمثل ذلك ، ووجه تخفيف الخرص للعرية والوصية ما روي : « خففوا الخرص فإن في المال العرية والوصية » [5] ، ولأن الزكاة مواساة فكانت مواساة بالتخفيف [6] أولى منها بالتثقيل ، ووجه المنع قوله : « فيما سقت السماء العشر » [7] ، ولأنه بعض ثمرة فأشبه ما زاد على هذا القدر أن النصاب في الماشية لا يترك فيه عفو كذلك الحرث .

فصل [٢٥ - حكم الزكاة في الفواكه والبقول والخضروات] :

ولا زكاة في الفواكه والبقول[8] والخضروات كالتفاح والبطيخ والكمثرى والقثاء

---

(١) في (م) : فإذا .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) في (م) : كامل أخذ منها .

(٤) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٥) هذا من قول عمر بن الخطاب ، وقد رواه مكحول عن النبي ﷺ مرسلاً (انظر البيهقي : ٤/ ١٢٤) .

(٦) بالتخفيف سقطت من (م) .

(٧) سبق تخريج الحديث .

(٨) البقول : كل نبات اخضرت له الأرض (المصباح المنير ص ٥٨) .

والخيار والباذنجان ، وما أشبه ذلك ، وكذلك ما يدخر نادراً للتفكه لا على وجه الاقتيات من يابس الفواكه [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] في إيجابه الزكاة في ذلك كله[3] ، لأن أهل المدينة نقلوا نقلاً متواتراً خلف عن سلف أن النبي ﷺ لم يأخذ من الخضر والبقول شيئاً ، ولا أحد من الخلفاء بعده [4] ، وقد كانت تزرع في أيامهم ، فلو كان فيها زكاة لأخذوها منها ، ولأنه نبت لا يقتات فأشبه الحشيش والجزر [5] والجوز واللوز والجلوز [6] ، وإن يبس أو أدخر فليس بأصل قوت ولا مما يؤخذ للمعاش ، وكذلك ادخار الخوخ والمشمس ، وإنما هو على وجه التفكه والتداوي لا للقوت .

فصل [٢٦ - الزكاة فيما ليس بمأكول] :

ولا زكاة في قرطم [7] ولا قطن ولا قصب ولا كولان [8] ولا حشيش ولا غير ذلك ، لأن ذلك ليس بمأكول والزكاة لا تجب في المأكول الذي ليس بقوت فضلاً عما ليس بمأكول ولا زكاة في عسل [9] ، خلافاً [10] لأبي حنيفة [11] في

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٥٢ ، التفريع : ١/ ٢٩٤ ، الرسالة ص ١٦٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٦، مختصر القدوري من شرح الميداني : ١/ ١٥١.

(٣) كله سقطت من (ق) .

(٤) نقل عمل أهل المدينة : الاستذكار : ١/ ١٥٤ ، المنتقى : ٢/ ١٧١ ، ترتيب المدارك: ١/ ٤٨ .

(٥) الجزر : سقطت من (ق) .

(٦) الجلوز : البندق (لسان العرب : ٥/ ٣٢٢) .

(٧) القِرطم : بكسر القاف - وهو حب العصفر (المصباح المنير ص ٤٩٨) .

(٨) كولان : الأسل وهو نبات ذو أغصان كثيرة شائكة الأطراف تصنع منه الحصر والحبال تتخذ منه الغرابيل في العراق (انظر لسان العرب : ١١/ ١٤ ، والمعجم الوسيط : ٢/ ٨٥) .

(٩) في (م) : العسل .

(١٠) انظر : المدونة : ١/ ٢٥٣ ، التفريع : ١/ ٢٩٤ ، الرسالة ص ١٦٥ - ١٦٦ .

(١١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ١/ ١٥٢

قوله : إن الزكاة تلزم فيه إذا كان في أرض العشر ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يأخذ منه زكاة وقد كان في أيامه ، ولأنه طعام يخرج من حيوان فأشبه اللبن ولأنه مأكول لم تنبته الأرض فأشبه اللحم .

فصل [٢٧ - فيما يجب في أرض الخراج] :

ويجب العشر في أرض الخراج وغيرها [١] ، خلافاً لأبي حنيفة [٢] في قوله: أن العشر والخراج لا يجتمعان ، لقوله : « فيما سقت السماء العشر » [٣] ، واعتباراً بأرض الصلح ، ولأن طريقهما مختلف لأن العشر زكاة والخراج كراء الأرض ، فلم يمنع العشر كمن اكترى [٤] أرضاً وزرعها .

فصل [٢٨ - زرع العبد أو المكاتب] :

وإذا زرع العبد أو المكاتب فلا عشر عليهما [٥] خلافاً لمن أوجبه [٦] ، لأن ملكهما غير تام والزكاة لا تجب إلا على من يملك ملكاً تاماً ، وكذلك النصراني لا عشر عليه لأنه لا يخاطب بفروع الشريعة مع الإقامة على كفره ، وقد ذكرنا ذلك في زكاة الماشية والعين وبالله التوفيق [٧] .

فصل [٢٩ - في زكاة من استأجر أرضاً وزرعها] :

إذا استأجر أرضاً فزرعها ، فالزكاة على صاحب الزرع دون صاحب الأرض[٨] خلافاً لأبي حنيفة [٩] في قوله : إنها تجب على صاحب الأرض ،

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٨٦ - ٢٨٧ ، الكافي ص ٢١٩ - ٢٢٠ .
(٢) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١/١٥٢ .
(٣) سبق تخريج الحديث .
(٤) في (م) : كمن يكتري .
(٥) انظر : المدونة : ١/٢٨٧ ، الكافي ص ٢٢٠ .
(٦) أوجبه أبو حنيفة (مختصر الطحاوي ص ٤٦ ، تحفة الفقهاء : ٢/٣٢٢ - ٣٢٣).
(٧) بالله التوفيق سقطت من (ق) .
(٨) انظر : المدونة : ١/٢٨٦ ، الكافي ص ١٠٣ .
(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٦ ، تحفة الفقهاء : ٢/٣٢٣ .

لأنه حق يصرف في الأصناف المسمين في آية الصدقات ، فكان المخاطب به المالك دون غيره كزكاة المال ولأنه حر مسلم خرج له نصاب زرع يجب في جنسه الزكاة وجب أن يلزمه العشر فيه أصله إذا كانت (١) الأرض في ملكه ، ولأن كل حق تعلق بغير مال ، فإن الوجوب يتعلق على مالكه (٢) اعتباراً بسائر الأصول والله أعلم (٣) .

* * *

---

(١) في (م) : كان .

(٢) في (م) : مالكها .

(٣) والله أعلم سقطت من (ق) .

باب زكاة الفطر [1]

وزكاة الفطر [2] واجبة [3] ، خلافاً لأبي حنيفة [4] ، لما رواه ابن عمر : «أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير عن كل حر أو عبد ذكر أو أُنثى من المسلمين » [5] ، وقوله في صدقة الفطر : « أدوا صاعاً من قمح أو تمر » [6] ، والأمر على الوجوب ، ولأنها زكاة في المال كسائر الزكوات .

فصل [١ - في قدر زكاة الفطر] :

وقدرها صاع بالمدني [7] من كل ما يخرج فيها [8] ، خلافاً لأبي حنيفة في

---

(١) العنوان سقط من (ق) .

(٢) زكاة الفطر : هي إعطاء مسلم فقير لقوت يوم الفطر صاعاً من غالب القوت أو جزأه المسمى للجزء المقصور وجوبه عليه (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع عليها ص ٧٨) .

(٣) انظر : الموطأ : ١/ ٢٨٣ ، التفريع : ١/ ٢٩٤ ، الرسالة ص ١٧٢ ، الكافي : ١/ ١١١ .

(٤) إذ يقول أبو حنيفة : إنها واجبة وليست مفروضة (مختصر الطحاوي ص ٥١ ، مختصر القدوري : ١/ ١٥٨) .

(٥) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : فرض صدقة الفطر : ٢/ ١٣٨ ، ومسلم في الزكاة ، باب : زكاة الفطر : ٢/ ٦٧٧ .

(٦) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : من روى نصف صاع من قمح : ٢/ ٢٧٠ ، وأحمد : ٥/ ٤٣٢ ، والبيهقي : ٤/ ١٦٧ من طرق عن الزهري إلا أنهم اختلفوا عليه فيه (انظر نصب الراية : ٢/ ٤٠٨ - ٤١٠) .

(٧) قوله : صاع بالمدني ، أي المكيال المنسوب إلى أهل المدينة وهو أربعة أمداد بالمد المنسوب إلي النبي ﷺ (التفريع : ١/ ٢٩٥) .

(٨) انظر : التفريع : ١/ ٢٩٥ ، الرسالة ص ١٧٢ ، الكافي ص ١١٢ .

قوله : إنه يخرج نصف صاع من بر ويخرج مما عداه صاعاً كاملاً [1] لقوله صلى الله عليه وسلم في صدقة الفطر : « أدوا صاعاً من تمر أو قمح » [2] ، وفي حديث المبارك بن فضالة [3] عن أيوب [4] عن نافع عن ابن عمر قال : « فرض رسول الله ﷺ صاعاً من تمر أو صاعاً من بر » [5] ، وفي حديث أبي سعيد : «كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام أو صاعاً من تمراً أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط [6] أو صاعاً من زبيب ، فقيل له : أو مدَّين من قمح [7] ، فقال: تلك قيمة معاوية لا أقبلها » [8] ، ولأنه قوت يخرج في صدقة الفطر كالشعير والتمر .

فصــل [٢ - وقت وجوب زكاة الفطر] :

وعنه في وقت وجوبها روايتان [9] : إحداهما غروب الشمس من آخر ليلة من رمضان ، والأخرى بطلوع الفجر يوم الفطر ، وجماعة من أصحابنا يقولون

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ ، مختصر القدوري : ١/ ١٦٠ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) المبارك بن فضالة - بفتح الفاء وتخفيف المعجمة - : أبو فضالة البصري ، صدوق يدلس يسوى من السادسة ، توفى سنة مائة وست وستين على الصحيح (تقريب التهذيب ص ٥١٩) .

(٤) أيوب بن أبي تميمة : السختياني أبو بكر البصري ، رأى أنس بن مالك ، وروى عن عمرو بن سلمة وحميد بن هلال وآخرين ، كان ثقة كثير العلم حُجَّة عدلاً (ت ١٣١ هـ) (الجرح والتعديل : ٢/ ٢٥٥) .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) أقط : يتخذ من اللبن المخيض يطبخ ثم يترك حتى يمصل (المصباح المنير ص ١٧).

(٧) قمح : سقطت من (ق) .

(٨) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : الصدقة قبل العيد : ٢/ ١٤ ، ومسلم في الزكاة ، باب : زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير : ٢/ ٦٧٨ .

(٩) انظر : الموطأ : ١/ ٢٨٥ ، المدونة : ١/ ٢٨٩ ، التفريع : ١/ ٢٩٥ ، الرسالة ص ١٧٢ ، الكافي ص ١١١ .

بطلوع الشمس ، فوجه قوله بغروب الشمس ما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان »[(١)] ، فأضاف الفطر إلى رمضان وحققته بغروب الشمس ، ولأن من ولد بعد مغيب الشمس فلم يدرك شيئاً من رمضان لم يلزم إخراج الفطر عنه كمن ولد بعد الفجر ، ووجه قوله[(٢)] : إنها تجب بطلوع الفجر ما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان»[(٣)] فأطلق ، وإطلاق ذلك لا يفهم منه إلا يوم الفطر ، ولأنه حق في مال يخرج يوم عيد على طريق المواساة ، فوجب أن يتعلق بطلوع الفجر أصله الأضحية ، ووجه قول من قال[(٤)] : إنها تجب بطلوع الشمس أنه نسك مضاف[(٥)] إلى العيد ، فكان وقته طلوع الشمس كالصلاة ، وفائدة هذا الخلاف فيمن اشترى عبداً أو ولد له ولد أو تزوج امرأة قبل غروب الشمس ثم باع العبد أو طلق الزوجة بعد وجوب نفقتها عليه أو مات الولد قبل طلوع الفجر : فإن قلنا : إن الزكاة تجب بغروب الشمس ، فالزكاة عن الزوجة والعبد والولد عليه ، لأن وقت الوجوب صادفهم في ملكه ، وإن قلنا بطلوع الفجر لم يلزمه شيء لأن وقت الوجوب لم يصادفهم عنده ، وكذلك لو ملك العبد بعد غروب الشمس أو ولد له مولود ، فعلى رواية الغروب زكاة الفطر على البائع ولا زكاة على المولود لأنه طرأ بعد تقدم الوجوب ، وعلى رواية الطلوع تجب على المشتري وعلي أبي المولود لأن وقت الوجوب صادفهم في ملكه .

فصل[(٦)] [٣ - متى يستحب إخراجها] :

ويستحب إخراجها قبل الغدو إلى المصلى[(٧)] لما روى[(٨)] ابن عمر : « أنه

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٢) في (م) : القول .
(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٤) في (م) : قوله .
(٥) في (م) : يضاف .
(٦) فصل سقطت من (م) .
(٧) انظر : المدونة : ١/٢٨٩ ، التفريع : ١/٢٩٥ ، الكافي ص ١١١ .
(٨) في (م) : رواه .

صلى الله عليه وسلم أمر بإعطاء صدقة الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى »[١] ، وقوله : « اغنوهم عن الطلب في هذا اليوم »[٢] ، وليأكل منها الفقراء قبل غدوهم ، كما يستحب للإنسان أن يأكل قبل غدوه ، وقيل : إن ذلك تأويل قوله تعالى : ﴿ قد أفلح من تزكى * وذكر اسم ربه فصلى ﴾[٣] أنه أخرج[٤] زكاة الفطر وغدى إلى العيد[٥] .

فصـل [٤ - فيمن أخرجها قبل يوم الفطر وليلته] :

ولا يجوز إخراجها قبل يوم الفطر أو ليلته على حسب اختلاف الروايات[٦] لأن ذلك تقديم إخراجها على وقت الوجوب ، وذلك غير جائز ، وتأويل قول بعض[٧] أصحابنا : إنه إن أخرجها قبل يوم الفطر بيوم أو يومين أجزاه أن يخرجها إلى الذي يحفظها ويحرسها وتجمع عنده إلى يوم العيد لأن تلك كانت عادتهم بالمدينة ، ومن حمل هذا القول على ظاهره في جواز الإخراج على الإطلاق ، فذلك مناقضة منه[٨] يلزمه عليه جواز إخراجها من أول الشهر ، وقبل دخوله أيضاً من حيث لا انفصال[٩] له عنه .

---

(١) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : الصدقة قبل العيد : ٢/١٣٩ ، ومسلم في الزكاة ، باب : الأمر بإخراج زكاة الفطر قبل الصلاة : ٢/٦٧٩ .

(٢) أخرجه البخاري (٢/١٥٣) بلفظ : « اغنوهم في هذا اليوم » عن أبي معشر ، وأعله ابن عدي في الكامل بأبي معشر (نصب الراية : ٢/٤٣٢) .

(٣) سورة الأعلى ، الآيتين : ١٤ ، ١٥ .

(٤) في (م) : إخراج .

(٥) رُوِي عن أبي سعيد الخدري وابن عمر رضي الله عنهما (انظر تفسير الطبري : ٣٠/١٥٦ ، الجامع لأحكام القرآن : ٢٠/٢١) .

(٦) في (م) : الرواية .

(٧) بعض سقطت من (ق) .

(٨) منه سقطت من (ق) .

(٩) في (م) : انتقال .

مسألة [٥ - عمن تجب زكاة الفطر ؟] :

وتجب على كل واجد سبيلاً إليها من الرجال والنساء والأحرار والعبيد والكبار والصغار والحاضرة والبادية [١] لقوله صلى الله عليه وسلم : « أدوا صدقة الفطر»[٢] ، وهذا خطاب عام ، وقول ابن عمر : « فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان على الناس » [٣] فعم ، وقوله في حديث آخر : « عن كل ذكر أو أنثى صغير أو كبير غني أو فقير أو مملوك » [٤] .

فصل [٦ - وجوب زكاة الفطر على من ملك صاعاً] :

ومن كان عنده صاع لا يلحقه ضرر بإخراجه من إفساد [٥] معاشه أو جوعه أو جوع عياله أو دين يصرف فيه فعليه أن يخرجه ولا اعتبار بكونه مالكاً لنصاب من المال [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، فأما الوجوب فلقوله : « أدوا صدقة الفطر »[٨] وروي : « أنه فرض الفطر ولم يعتبر نصاباً » [٩] ، ولأنه واجد لمقدارها قادر على أدائها من غير ضرر يلحقه كالواجب للنصاب ، وأما سقوط الوجوب إذا لحقه ضرر فلأنه يحوجه إخراجها إلى الطلب ، وذلك مناقض لوجوبها لأن الغرض به الاستغناء عن الطلب .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٨٩ ، الموطأ : ١/٢٨٣ ، التفريع : ١/٢٩٥ ، الرسالة ص ١٧٢ ، الكافي ص ١١١ - ١١٢ .

(٢) أخرجه الدارقطني : ٢/١٤١ ، والبيهقي : ٤/١٦١ ، وفي إسناده ضعف وإرسال، وأخرجه الشافعي مرسلاً (تلخيص الحبير : ٢/١٨٤) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٢٩) .

(٤) هو حديث ابن عمر الذي سبق تخريجه في أول باب زكاة الفطر .

(٥) في (م) : فساد .

(٦) انظر : المدونة : ١/٢٨٩ ، التفريع : ١/٢٩٥ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ ، مختصر القدوري : ١/١٥٨ .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٩) لم أعثر عليه .

فصل [٧ - الفقير الذي دفعت إليه زكاة الفطر يخرجها إذا فضل له له منها شيئاً] :

يستحب للفقير إذا دفعت إليه [١] زكاة الفطر وفضل عن قوته وقوت عياله صاع أن يخرجه [٢] من غير إيجاب لأن غناه طرأ بعد تقدم [٣] الوجوب .

فصل [٨ - إخراج الزكاة عمن تلزم نفقتهم] :

ويلزم [٤] الإنسان عن نفسه وعن غيره ممن تلزمه نفقته [٥] خلافاً لداود [٦] في قوله : لا يلزمه إلا عن نفسه وحده ، لقوله صلى الله عليه وسلم [٧] : « أدوا زكاة الفطر عمن تمونون » [٨] ، ولأنها طهرة تجري مجرى المؤونة فأشبهت سائر النفقات ، ويلزمه عن ولده الصغير إذا لم يكن له مال ، فإن كان له مال أخرج عنه من ماله ، ويلزمه عن ولده الكبير إذا بلغ فقيراً زمناً [٩] ، وعن أبويه الفقيرين المسلمين وعن عبيده المسلمين كانوا للتجارة أو للقنية وعن أمهات أولاده ومدبريه ومعتقيه إلى أجل ، وفي مكاتبيه روايتان [١٠] ، فإذا قلنا : تلزمه فبالرق

---

(١) في (م) : إذا كان فيما دفع إليه من .

(٢) انظر المدونة : ١/٢٨٩ ، التفريع : ١/٢٩٥ .

(٣) تقدم : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : يلزمه .

(٥) انظر : المدونة : ١/٢٨٩ - ٢٩٢ ، التفريع : ١/٢٩٥ - ٢٩٦ ، الرسالة ص ١٧٢ ، الكافي ص ١١١ .

(٦) انظر : المحلي : ٦/١٩٤ .

(٧) صلى الله عليه وسلم سقطت من (ق) .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٩) زمناً : من باب تعب وهو مرض يدوم زماناً طويلاً (المصباح المنير ص ٢٥٦) .

(١٠) انظر : المدونة : ١/٢٨٩ ، التفريع : ١/٢٩٦ ، الكافي ص ١١٢ .

مع كونه من أهل الطهارة [1] ، وإذا قلنا : لا تلزمه فلأنها تابعة للنفقة ، فلما لم تلزمه النفقة على مكاتبيه لم تلزمه الفطرة عنهم .

فصل [٩ - إخراج زكاة الفطر عن زوجته] :

إذا لزمته النفقة على زوجته [2] المسلمة لزمه إخراج الفطرة عنها موسرة كانت أو معسرة [3] خلافاً لأبي حنيفة [4] لقوله : « عمن تمونون » [5] فعم ، ولأنها من أهل الطهرة ، فوجب أن تلزمه فطرتها من تلزمه نفقتها إذا كان قادراً عليها[6] أصله الولد الصغير ، ولأن الفطرة تابعة للمؤونة فيمن هو من أهل الطهرة فيجب أن تلزمه بدلالة أن العبيد لما لزمت سادتهم نفقاتهم لزمتهم الفطرة عنهم ، وإذا ثبت أنه تلزمه عن زوجته فتلزمه عن خادم من خدمها لأن نفقتها مستحقة عليه .

فصل [١٠ - إخراج زكاة الفطر عن عبيده الكفار] :

ولا يلزمه إخراجها عن عبيده الكفار [7] خلافاً لأبي حنيفة [8] ، لحديث ابن عمر : « فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين » [9] ، فقيَّده بالإسلام فدل على اعتباره في الوجوب ، وروى ابن عباس قال : « فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطرة طهرة للصائم من

---

(١) لعله يقصد أنه يدخل فيمن خوطب بقوله تعالى : ﴿ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها ﴾ .

(٢) في (م) : زوجه ، وفي (ر) : عن الزوجة .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٢ ، التفريع : ١/ ٢٩٥ ، الكافي ص ١١١ - ١١٢ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ ، مختصر القدوري : ١/ ١٥٩ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) عليها : سقطت من (م) .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٠ ، التفريع : ١/ ١٩٥ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ ، مختصر القدوري : ١/ ١٥٩ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٣٣) .

اللغو والرفث وطعماً للمساكين » [1] ، فأخبر عن عِلّة فرضها والغرض المراد به وأنه يختص المسلمين فانتفى وجوبه عن الكفار ، ولأنها طهرة فلا تخرج إلا عمن هو من أهلها وإلا تناقض المقصود بالإخراج ، ولأنه حق في مال طريقه القربة فلم تجب على العبد الكافر كالأضحية [2]، وحكم الأبوين والزوجة حكم العبد.

فصـل [١١ - إخراج زكاة الفطر عن عبيد عبيده] :

ولا شيء عليه في عبيد عبيده لأنهم ليسوا عبيداً له [3] ، وإنما يملكهم بالانتزاع ولا على ساداتهم أن يخرجوا عنهم لأن ملك العبيد غير مستقر ولا يلزمهم أن يخرجوا عن أنفسهم لأن نفقاتهم على غيرهم .

فصـل [١٢ - زكاة فطر العبد بين شريكين] :

والعبد بين شريكين أو شركاء يلزمهم إخراج الفطرة عنه [4] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه لا شيء على ساداته [5] لما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر من رمضان على كل حر وعبد » [6] فعم ، وقال : « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » [7] ، ولأنه حق يتبع النفقة ، فلما كانت لازمة لجميعهم فكذلك الفطرة ، ولأنه من أهل الطهرة يلزم من يملكه مؤونته فلزمته فطرته أصله المالك الواحد .

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : زكاة الفطر : ٢/ ٢٦٢ ، وابن ماجه في الزكاة، باب : صدقة الفطر : ١/ ٥٨٥ ، والحاكم (   ) ، وقال : على شرط البخاري (نصب الراية : ٢/ ٤١١) .

(٢) في (م) : أصله الأضحية .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٣ ، الكافي ص ١١٢ - ١١٣ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٢٨٩ ، التفريع : ١/ ٢٩٦ ، الكافي ص ١١٢ .

(٥) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٥٩ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٢٩) .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٣٣) .

فصـل [١٣ - إخراج كل شريك بقدر ما يملك] :

إذا ثبت أن على ملاكه [١] إخراج الفطرة عنه فيلزم [٢] كل واحد أن يخرج بقدر ما يملك منه لأنها مؤونة فأشبهت النفقة ، ولأن الخدمة ومنافعه لما كانت بينهم متوزعة على قدر الملك فكذلك الزكاة .

فصـل [١٤ - في العبد نصفه حر على من تكون فطرته] :

وفي العبد الذي نصفه [٣] حر خلاف ، روي عن مالك أن [٤] على السيد بقدر ماله فيه من الملك ولا شيء على العبد في نصيبه الحر ، وروي عنه أن على السيد بقدر نصيبه ، وعلى العبد بقدر جريته وهو قول محمد بن مسلمة ، وروي عنه أن على السيد إخراج جميع الصاع ولا شيء على العبد وهو قول عبد الملك، وعند أبي حنيفة لا شيء على العبد ولا على السيد [٥] ، ودليلنا عليه ما قدمناه في العبد بين الشريكين ، ولأنه ملك لجزء من العبد فأشبه ملك الجميع ، ولأنه حق يجب لله تعالى [٦] على مالك جميع العبد عن العبد فوجب أن تلزم لمالك بعضه بقدر ملكه كزكاة التجارة ؛ فإذا ثبت هذا فوجه القول بأن على السيد بقدر ملكه ولا شيء على العبد لأن أحكام الرق أغلب عليه من أحكام الحرية بدلالة منع شهادته وميراثه ونقصان طلاقه وحدِّه [٧] ، وسقوط الحج عنه فكذلك في الزكاة، ولأنه ناقض الملك لأن كمال الملك لا يكون مع بقاء شيء من الرق فأشبه العبد ، ولأن كل من لم يخاطبه بجميع الزكاة عن نفسه لمعنى يمنع وجوب البعض ، فكذلك في البعض أصله العبد الغني ، ووجه القول بأن على العبد

---

(١) في (م) : مالكه .

(٢) في (م) : فيلزمه .

(٣) انظر المدونة : ١/ ٢٨٩ ، التفريع : ١/ ٢٩٦ ، الكافي ص ١١٢ .

(٤) أن : سقطت من (م) .

(٥) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١/ ١٥٩ .

(٦) تعالى : سقطت من (ق) ، و(ر) .

(٧) في (م) : حدوده .

بقدر ما فيه من الحرية اعتباره بالعبد بين شريكين بعلة أنهما يتقاسمان الخدمة والمنافع المستحقة بالملك ، فكذلك حكمه [١] في زكاة الفطر ولأن الفطرة تابعة للنفقة ، فلما كانت النفقة عليهما كذلك الفطرة بينهما ؛ ووجه القول بأن جميع الفطرة على السيد أنه محبوس عليه بالرق كالذي يستغرقه الرق .

فصـل [١٥ - لزوم الفطرة عن العبد المرهون والمبيع بالخيار وغيرهما ...] :

وتلزم الفطرة عن العبد المرهون والمبيع بالخيار للبائع والمبتاع والمبيع بيعاً فاسداً قبل رده والأمة تباع على المواضعة قبل خروجها والعبد إذا قتل وحبس للقود على ساداتهم لأنهم على ملكهم لم يزل بجميع ما ذكرناه ، وفي البيع الفاسد يرد إلي البيع الصحيح ، إلى أن يحكم برده كالنفقة [٢] .

فصـل [١٦ - المعتبر فيما يخرج في زكاة الفطر] :

الاعتبار فيما يخرج في زكاة الفطر بغالب قوت البلد الذي هو به ، فمن أي أصناف الأقوات كان أخرجه حنطة أو شعيراً أو سلتاً أو تمراً أو أرزاً أو ذرة أو دخناً[٣] أو زبيباً أو أقطاً أو أي شيء كان ، وإنما قلنا : إنه يخرج هذه الأجناس لما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير » [٤] ، وروي : « أدوا صاعاً من قمح أو تمر » [٥] ، وفي حديث أبي سعيد : « كنا نخرج زكاة الفطر إذا كان فينا رسول الله ﷺ صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير أو صاعاً من زبيب أو صاعاً من أقط » [٦] ، وإنما قلنا : إن الاعتبار بغالب قوت أهل البلد لقوله صلى الله عليه وسلم : « أغنوهم عن

---

(١) في (م) : حكمهما .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/٢٨٩ - ٢٩٣ ، الكافي ص ١١٢ - ١١٣ .

(٣) الدخن - بضم الدال - : حب معروف .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٢٩) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٢٩) .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٣٠) .

الطلب في هذا اليوم »[1] ، وهم لا يستغنون عن الطلب إلا بوجود قوتهم المألوف لهم ، فإذا ثبت ذلك فإن كان يقتات قوت أهل البلد أخرج منه وإن كان يقتات أعلى منه استحببنا له أن يخرج مما يأكله ليواسي الفقراء فيما يختاره[2] لنفسه، فإن لم يفعل جاز وكان عليه إخراج غالب قوت أهل البلد ، وإن كان يقتات أدنى منه نظر فإن كان لعُدم أجزاه أن يخرج منه لأنه لا يقدر على غيره ، وإن كان لشح أخرج من غالب قوت بلده ، والله أعلم .

* * *

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٣٢) .

(٢) في (م) ، و(ر) : مما اختاره .

باب : أصناف الذين تجب لهم الصدقات [1]

والأصناف الذين يجب صرف الصدقة لهم هم الأصناف الذين تضمنتهم آية الصدقات [2] لقوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ﴾ [3] ، ولا يجوز صرفها إلى غيرهم ولأنها جهة صرف [4] الصدقة ، كما لا تجوز الصلاة إلى جهة سوى جهة الكعبة لأنها جهة الصلاة ولا خلاف في هذا [5] .

فصل [١ - قسمة الزكاة على اجتهاد الإمام] :

وقسمتها على الاجتهاد من الإمام وعلى ما يراه من الحاجة زاد على الثمن أم[6] نقص عنه استغرق جميع الأصناف أو بعضهم أو صنفاً واحداً منهم [7] خلافاً للشافعي [8] في قوله : لا يجوز الاقتصار على بعض الأصناف السبعة ويلزم تفريقها في جميعهم ، لأنه حق يتكرر في المال كل حول فلم يجب اعتبار الأصناف فيه كالجزية ، ولأنه لما لم يتعين عليه فرض في آحاد الصنف ، بل جاز أن يقتصر على الواحد والاثنين والثلاثة ، كذلك لا يتعين في جميع الأصناف لأن آحاد الصنف محل للصدقة كالجملة ، ولأنه صنف منصوص عليه في الصدقة ،

---

(١) عنوان فصل من (م) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٥٣ ، التفريع : ١/ ٢٩٧ ، الكافي ص ١١٤ - ١١٥ .

(٣) سورة التوبة ، الآية : ٦٠ .

(٤) في (ق) : صروف .

(٥) انظر : الإجماع ص ٥١ ، المغني : ٢/ ٦٦٥ .

(٦) في (م) : أو .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٢٥٣ ، التفريع : ١/ ٢٩٨ ، الكافي ص ١١٥ .

(٨) انظر : الأم : ١/ ٧١ ، الإقناع ص ٧١ .

فجاز صرف جميعها إليه ، وأن يأخذ بحسب الاجتهاد كالعامل والمؤلفة والمقصود من الظاهر [1] الأخبار عن محلها الذي توضع فيه دون التمليك [2] وتحديد المأخوذ .

فصـل [٢ - معنى الفقير والمسكين] :

الفقير هو الذي يجد الشيء اليسير الذي لا يكفيه ، والمسكين أحوج منه لأنه الذي لا يملك شيئاً [3] أصلاً خلافاً للشافعي [4] في قوله : إن المسكين هو الذي معه ما لا يكفيه وأن الفقير هو الذي لا شيء له أصلاً ، وإنما قلنا : إن المسكين أحوج من الفقير لأن الاسمين مأخوذان من العُدم وانتفاء الأملاك إلا أن المسكنة عبارة عما زاد على ذلك وهو شدة الحاجة التي يكسب صاحبها الخضوع والاستكانة ، فلذلك قلنا : إنه أحوج من الفقير ويوضح ذلك قوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿أو مسكينا ذا متربة﴾ [5] يريد أن الحاجة بلغت به إلى أن لصق بالتراب من غير حائل بينه وبينه ، وما يذكرونه من قوله تعالى [6] : ﴿ وأما السفينة فكانت لمساكين﴾ [7] مقابل بما ورد من تسمية الواجد لليسير بأنه فقير وهو قول الشاعر[8] :

أما الفقـير الذي كانت حـلوبته   وفق العيال فلم يترك له سبد [9]

(١) أي من ظاهر آية التصديق .

(٢) في (م) : المليك .

(٣) انظر : التفريع : ٢٩٧/١ ، الكافي ص ١١٤ .

(٤) انظر : الأم : ٧١/١ ، الإقناع ص ٧٠ .

(٥) سورة البلد ، الآية : ١٦ .

(٦) تعالى : سقطت من (ق) .

(٧) سورة الكهف ، الآية : ٧٩ .

(٨) في (ر) : وهو قول الشافعي ، وهو خطأ إذ البيت للراعي النميري ، وهو في ديوانه ص ٥٥ .

(٩) السبد : يقولون : ماله سبد ولا لبد أي لا قليل ولا كثير (الصحاح : ٤٨٣/٢).

والظاهر وارد على سبيل الرحمة والتعطف ، ومن متأخري أصحابنا من يقول : إن الفقير والمسكين اسمان لمعنى واحد [١] ، ووجه ذلك أنهم [٢] في ظاهر الاستعمال هكذا ، لأن الناس لا يفرقون بين القول فقير ومسكين وما قلناه أولى وأصح ، لأن الأصل في اختلاف الأسماء أنه لاختلاف المعاني .

فصـل [٣ - العاملون عليها] :

العاملون عليها جباتها وسعاتها يدفع إليهم الإمام من الصدقة أجرة معلومة بقدر عملهم .

فصـل [٤ - المؤلفة قلوبهم] :

المؤلفة قلوبهم كان في صدر الإسلام قوم ممن يظهر الإسلام يُدفع إليهم شيء من الصدقة لينكف غيرهم بانكفافهم ، وقال قوم من أصحابنا : قوم مسلمون يرى أن يستألفهم ليقوى الإسلام في قلوبهم ويبالغوا في النصيحة للمسلمين [٢] والأول أقوى وأوضح ، وقد سقطت الحاجة إليهم بحمد الله في هذا الوقت ، فإن دعت الحاجة إليهم في بعض الأوقات جاز أن يرد سهمهم [٣] .

فصـل [٥ - الرقاب] :

وقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وفي الرقاب ﴾ [٤] في فك الرقاب [٥] ، وهو أن يشتري الإمام رقاباً من أموال الصدقات فيعتقهم عن المسلمين ويكون الولاء للمسلمين[٦] خلافاً لقول من زعم أنهم المكاتبون [٧] ، لأن قوله : ﴿ وفي الرقاب ﴾ [٨]

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٩٧ ، الكافي ص ١١٤ .

(٢) انظر : التاج والإكليل - للمواق : ٢/ ٣٥٠ .

(٣) انظر : المدونة : ١/٢٥٤ ، التفريع : ١/٢٩٨ ، الكافي ص ١٥ .

(٤) سورة التوبة ، الآية : ٦٠ .

(٥) الرقاب : العبيد .

(٦) انظر : المدونة : ١/٢٥٧ ، التفريع : ١/٢٩٨ ، الكافي ص ١١٤ .

(٧) وهو قول أصحاب أبي حنيفة (انظر الطحاوي ص ٥٢) ، وأصحاب الشافعي (انظر الإقناع ص ٧١) .

(٨) سورة التوبة ، الآية : ٦٠ .

يقتضي رقبة كاملة ، ولأن ما صرف فيه من أموال الزكاة يقتضي أن لا يكون للغني فيه نفع وإذا دفع [1] إلى مكاتب جاز أن يعجز ويرق وتبطل كتابته فيصير المال للسيد ، ولأنه لا يخلوا أن يعطى المكاتب لنفسه ، وذلك غير جائز لأنه عبد لسيده والغني لا يجوز دفع الصدقة إليه ، ولأن الولاء يثبت [2] لسيد المكاتب ولا يحصل النفع للمسلمين .

فصل [٦ - الغارمون] :

الغارمون هم الذين أدانوا [3] في غير سفه ولا فساد لا يجدون وفاء ولا قضاء أو يكون معهم أموال هي بإزاء ديونهم ، فيعطون ما يقضون به ديونهم ، فإن لم يكن لهم أموال ، وكان عليهم ديون فهم فقراء وغارمون فيعطون بالوصفين .

فصل [٧ - في سبيل الله] :

وفي سبيل الله الغزو والجهاد يدفع من الصدقة إلى المجاهدين ما ينفقونه في غزوهم أغنياء كانوا أو فقراء ويشتري الإمام من بعض الصدقة خيلاً وسلاحاً وينفره لمن يغزو ، وحكي عن أحمد بن حنبل : أن في سبيل الله يعني الحاج[4]، ودليلنا : أن كل موضع ذكر فيه سبيل الله ، فالمراد به الغزو والجهاد فكذلك هاهنا ولأن دفع الصدقات إلى الأصناف يكون على أحد وجهين : إما لحاجتنا إليهم كالعاملين والمؤلفة أو لحاجتهم إلينا كالفقراء والغارمين والوصفان معدومان في الحاج لأنا لا نحتاج إليه ولا هو محتاج إلينا والغازي نحن محتاجون إليه .

فصل [٨ - ابن السبيل] :

ابن السبيل الغريب المنقطع به يدفع إليه من الصدقة بقدر كفايته ، وإن كان غنياً ببلده ولا يلزمه رده إذا صار إلى بلده ولا إخراجه في وجوه الصدقة .

---

(١) في (م) : وقع .

(٢) في (م) : ثبت .

(٣) أدانوا : هو الرجل إذا استقرض .

(٤) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١٥١ .

فصـل [٩ - في نقل الزكاة من بلد إلى بلد آخر] :

إذا وجد المستحقون للزكاة في البلد الذي فيه المال والمالك لم يجز نقلها إلى غيره إلا أنه إذا نقلها ودفعها إلى فقراء غير بلده مضى ذلك وأجزاه ، وكذلك لو بلغ الإمام أن ببعض البلدان حاجة شديدة وقحطاً عظيماً جاز له نقل شيء من الصدقة والمستحقة لغيره إليه [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين ﴾ [٣] فعم ، ولأن المقصود من الصدقة سد الخلة[٤] ودفع الحاجة عن هؤلاء الأصناف ، وذلك لا يختص بموضع دون موضع، ولأنه لو حصل في البلد فقراء من غير أهله لجاز صرف الصدقة إليهم ، فدل أن الاعتبار بوجود الفقراء وأهل الصفات دون مواضعهم ، ولأنها صدقة صرفها الله إلي الجنس المستحق للزكاة كما لو فرقها في بلده .

فصـل [١٠ - صرف الزكاة إلى ذمي] :

لا يجوز صرف زكاة الفطر ولا غيرها من الزكوات إلى ذمي [٥] خلافاً لأبي حنيفة [٦] ، لقوله صلى الله عليه وسلم [٧] : « خذ الصدقة من أغنيائهم وردها في فقرائهم » [٨] ، وهذه الإضافة لا بد لها من اختصاص ، وقد ثبت أنه لم يرد

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٤٥ ، التفريع : ١/ ٢٧٥ ، الكافي ص ١١٥ .

(٢) انظر : الإقناع ص ٧١ .

(٣) سورة التوبة ، الآية : ٦٠ .

(٤) الخلة - بفتح الخاء واللام - : الفقر والحاجة ، والخلة - بفتح الخاء - : ما خلاء من النبت (المصباح المنير ص ١٨١) .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٢٥٦ ، التفريع : ١/ ٢٩٨ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٢ ، وفي مختصر القدوري : « لا يجوز أن يدفع الزكاة إلى ذمي » (١/ ١٥٥) .

(٧) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٨) سبق تخريج الحديث .

القبيلة ولا البلد فعلم أن المراد به الدين ، واعتباراً بسائر الزكوات وبالوثنيين ، ولأنه ليس من أهل الطهرة كالمرتد .

فصـل [١١ - من اجتهد ودفع الزكاة إلى غني] :

إذا اجتهد فدفع الصدقة إلى غني وعنده أنه فقير فلا يجزيه [١] خلافاً لأبي حنيفة [٢] ، وبعض أصحابنا لقوله تعالى [٣] : ﴿ إنما الصدقات للفقراء ﴾ [٤] الآية فأخبر عن محلها ، فإذا صرفت لغيره كان الأمر باقياً عليه ، وقوله : «فأردها في فقرائهم » [٤] ، ولأنها لم تصل إلى الفقراء فأشبه أن يعلم ، ولأن تكفين الميت وعمارة القناطر والجسور أولى وأحق من دفعها إلى غني ، فإذا كان متى دفعها في هذه الأشياء لا تجزيه كان بأن لا يجزي ذلك في الغني أولى ، واعتباراً به إذا اجتهد ثم بان له أنه دفعها إلى زنديق أو مرتد ، وهذا إذا أُولِيَ تفريقها بنفسه ، فأما إن وَلِيَ ذلك الإمام فإنه يجزيه ولا شيء عليه ولا على الإمام.

فصـل [١٢ - من دفع الزكاة إلى من تلزمه نفقتهم] :

لا يجوز دفعها إلى من يلزم رب المال نفقته لأنهم أغنياء بما يأخذونه ، ويجوز دفعها إلى أقاربه الذين لا تلزمه مؤونتهم ، ويكره له دفع جميعها إليهم ، فإن فعل جاز ، ويستحب أن يولي تفريقها غيره ليسلم من الهوى والميل ومحبة المحمدة والشكر [٥] .

* * *

---

(١) انظر : التفريع : ٢٩٨/١ - ٢٩٩ ، الكافي ص ١١٥ - ١١٦ .

(٢) تعالى : سقطت من (ق) .

(٣) سورة التوبة ، الآية : ٦٠ .

(٤) سبق تخريج الحديث .

(٥) انظر : المدونة : ١٥٦/١ ، التفريع : ٢٩٨/١ - ٢٩٩ ، الكافي ص ١١٥ .

باب : أخذ الجزية من أهل الذِّمَّة [1]

والجزية [2] واجبة على من نقره في بلادنا من الكفار وتعقد له الذِّمَّة علينا[3]، والأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾[4] ولأنه صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث جيشاً يقول لأمرائه : « أدعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ، فإن أجابوك فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ، فإن أبوا فادعهم إلى الجزية » [5] .

فصـل [١ - ممن تؤخذ الجزية ؟] :

وتؤخذ من الرجال الأحرار البالغين ولا تؤخذ من النساء ولا الصبيان ولا العبد[6] لقوله عَزَّ وجَلَّ [7] : ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله .. إلى قوله : حتى يعطوا الجزية ﴾ [8] ، وذلك في الرجال الأحرار ، وقال صلى الله عليه وسلم : « لا تجري الجزية إلا على من جرت عليه المواسي » [9] ، وقوله [10]

---

(١) العنوان من (م) .

(٢) الجزية : ما يؤخذ من أهل الذِّمَّة (المصباح المنير ص ١٠٠) .

(٣) انظر : المدونة : ١/٢٤١ - ٢٤٢ ، التفريع : ١/٣٦٤ ، الرسالة ص ١٦٨ .

(٤) سورة التوبة ، الآية : ٢٩ .

(٥) أخرجه البخاري في أوائل الزكاة : ٢/١٠٨ ، ومسلم في الإيمان ، باب : الدعاء إلى الشهادتين : ١/٥٠ .

(٦) انظر : المدونة : ١/٢٤٢ ، التفريع : ١/٣٦٤ ، الرسالة ص ١٦٨ .

(٧) عَزَّ وجَلَّ سقطت من (م) .

(٨) سورة التوبة ، الآية : ٢٩ .

(٩) موقوف على عمر ، أخرجه البيهقي من طريق زيد بن أسلم عن أبيه (تلخيص الحبير: ٢/١٢٣) .

(١٠) في (م) : قال .

لمعاذ : « خذ من كل حالم ديناراً » (١) ، ولا خلاف أنها لا تجب على الصبيان فكذلك النساءُ (٢) ، لأن النساء والصبيان ممن (٣) لا يجري عليهم السيف بدليل أنه لو ظهر عليهم بالمحاربة في الجهاد لم يقتلوا ، وهذا هو المعنى الذي أوجب أخذ الجزية من الرجال وهو رفع السيف عنهم وإقرارهم في بلادنا ، وكذلك العبيد هم آلة ونوع من الأموال كالخيل وغيرها .

فصـل (٤) [٢ - ما يؤخذ من تجار أهل الحرب والذِّمَّة (٥)] :

ولا يمنع أهل الذِّمَّة من التقلب في التجارات والتشاغل بالصنائع والتعرض للمكاسب لأنه لم نعقد لهم الذِّمَّة على أن نمنعهم من التكسب والتصرف في معاشهم التي يحيون ويؤدون الجزية من فضلها (٦) .

فصـل [٣ - لا عشر على تجارات أهل الذِّمَّة] :

وإذا اتجروا في البلد أقروا على المقام فيه لم تعرض لهم ولم نطالبهم بعشر ولا غيره ، لأن عقد الذِّمَّة لهم يقتضي إباحة التصرف في موضع إقامتهم وما يكون في حكمه من البلدان (٧) .

فصـل [٤ - إذا اتجر أهل الذِّمَّة إلى غير البلد الذي هم به] :

وإن اتجروا إلى غير البلد الذي به من أقاليم الإسلام وآفاقه أخذ منهم العشر

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة ، باب : في زكاة السائمة (٢/ ٢٣٤) ، والنسائي في الزكاة ، باب : زكاة البقر (٥/ ١٧) ، وابن ماجه في الزكاة ، باب : صدقة (١/ ٥٧٦) ، والترمذي في الزكاة ، باب : ما جاء في زكاة البقر : ٣/ ٢٠ ، وقال : حديث حسن ، وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين (نصب الراية : ٣/ ٤٤٦) .

(٢) انظر : الإجماع ص ٧١ ، المغني : ٨/ ٥٠٧ .

(٣) في (ق) : قال .

(٤) في (م) : و(ر) : باب .

(٥) العنوان من (م) .

(٦) ، (٧) انظر : التفريع : ١/ ٣٦٤ ، الرسالة ص ١٦٨ ، الكافي ص ٢١٧ .

بعد أن يحصل لهم غرضهم الذي أرادوه من بيع وشراء [١] ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « ليس على المسلمين عشور إنما العشور على اليهود والنصارى » [٢] ، ولأنه إجماع من الصحابة رضي الله عنهم لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخذ من القبط العشر [٣] ، ومضى عليه الأئمة بعده ولم يخالف عليه ، ولأنه عقد الذِّمَّة لم يوجب لهم التقلب في بلادنا وأقاليمنا ، فإذا تصرفوا فيها كان لهم حكم يزيد على تصرفهم في بلادهم .

فصل [٥ - الجزية على المجوس] :

لا خلاف أن الجزية تؤخذ من اليهود والنصارى ، فأما المجوس فإنها تؤخذ منهم [٤] لأنهم [٥] أجروا مجرى أهل الكتاب ، والأصل فيه ما روي عبد الرحمن بن عوف [٦] : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » [٧] ، وروي : « أنه صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر » [٨] وليسوا بأهل كتاب ، خلافاً للشافعي [٩] لقوله : « سنوا بهم سُنَّة أهل الكتاب »

---

(١) انظر : التفريع : ١/ ٣٦٥ ، الرسالة ص ١٦٨ ، الكافي ص ٢١٨ .

(٢) أخرجه البيهقي : ٩/ ٢١١ .

(٣) أخرجه البيهقي : ٩/ ٢١٠ .

(٤) وهو أمر مجمع عليه أيضاً (انظر : الإجماع ص ٧١ ، بداية المجتهد : ١/ ٣٧٦ ، فتح الباري : ٦/ ١٩٧ ، نيل الأوطار : ٨/ ٥٧) .

(٥) في (م) : بأنهم .

(٦) عبد الرحمن بن عوف : بن عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة القرشي الزهري أحد العشرة ، أسلم قديماً ومناقبه شهيرة ، مات سنة اثنين وثلاثين ، وقيل غير ذلك (تقريب التهذيب ص ٣٤٨) .

(٧) أخرجه البزار في مسنده والدارقطني ، وقال البزار : هذا حديث قد رواه جماعة عن جعفر عن أبيه لم يقولوا عن جده ، وجده هو عليّ بن الحسين ، وهو مرسل ، وروي في الموطأ ، قال ابن عبد البر : حديث منقطع (نصب الراية : ٣/ ٤٢٩) .

(٨) أخرجه البخاري في الجزية ، باب : الجزية والموادعة : ٤/ ٦٢ .

(٩) فقد قال الشافعي : إنهم أهل الكتاب (انظر مختصر المزني ص ٢٧٧) .

فدل أنه لا كتاب لهم ولأن الروم كانت إذا غلبت الفرس فرح هو صلى الله عليه وسلم وأصحابه [١] لأنهم أهل كتاب ، وإذا غلبت الفرس فرح المشركون من قريش لأنهم لا كتاب لهم ، وقال حذيفة [٢] : لولا أن أصحابي أخذوا الجزية من المجوس لم أخذها منهم لأنهم ليسوا أهل كتاب .

فصل [٦ - الجزية على جميع الكفار] :

وتؤخذ الجزية من جميع الكفار من أهل الكتاب والمجوس والصابئة [٣] وعبدة الأوثان والنيران وغيرهم إلا المرتد والزنديق [٤] خلافاً للشافعي [٥] في قوله : أنها لا تؤخذ إلا [٦] من أهل الكتاب والمجوس ، لأنه كافر معلن بكفره لم يتحرم بحرمة الإسلام فأشبه الكتابي ؛ والعرب والعجم وبنوا تغلب [٧] وغيرهم في ذلك سواء [٨] ، خلافاً للشافعي [٩] لقوله تعالى : ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ [١٠] الآية ، ولأن الشرك قد شملهم فلا اعتبار بأنسابهم .

---

(١) أخرجه الترمذي في تفسير القرآن ، باب : من سورة الروم : ٥/ ٢٣٠ ، وقال : هذا حديث حسن غريب ، وأخرجه أحمد : ١/ ٣٠٤ .

(٢) حذيفة : ابن اليمان العبسي ، حليف الأنصار ، صحابي جليل من السابقين ، أبوه صحابي أيضاً ، استشهد بأُحُد ، ومات حذيفة في أول خلافة عليّ سنة ست وثلاثين (تقريب التهذيب ص ١٥٤ ، الشذرات : ١/ ٣٢) .

(٣) الصابئة : لقب يطلق على طائفة من الكفار يقال : إنها تعبد الكواكب في الباطن ، وتنسب إلى النصرانية في الظاهر .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٢٤١ ، التفريع : ١/ ٣٦٣ ، الرسالة ص ١٦٨ .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ٢٧٧ .

(٦) إلا : سقطت من (م) .

(٧) بنو تغلب : نسبة إلى تغلب وهي قبيلة معروفة ، وهي تغلب بن وائل بن قاسط بن هنب بن قصي بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان (الأنساب: ٣/ ٥٧) .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ٢٤١ ، الكافي ص ٢١٧ - ٢١٨ .

(٩) انظر : مختصر المزني ص ٢٧٨ .

(١٠) سورة التوبة ، الآية : ٢٩ .

فصــل [٧ – فيمن أسلم من أهل الذِّمَّة] :

ومن أسلم من أهل الذِّمَّة قبل تمام الحول أو بعده أو بعد أحوال لم يؤخذ بما بقي عليه من جزية [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ [٣] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « الإسلام يجب ما قبله » [٤] ، ولأنه مأخوذ منه على وجه الصغار والإذلال بشرط الإقامة على الكفر ، فإذا زال الكفر بالإسلام وجب زواله لأن إذلال المسلم وإصغاره غير جائز .

فصــل [٨ – في قدر الجزية على أهل الذهب وأهل الورق] :

وقدرها على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعون درهماً [٥]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٦] ، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضها على [٧] هذا المقدار على أهل الذِّمَّة بحضرة الصحابة [٨] ، ولم ينكر عليه أحد، بل استجابوا له وصوبوا رأيه ، وإن كان فيهم من يضعف عنه خفف عنهم منه [٩] لأنه على الاجتهاد .

فصــل [٩ – تؤخذ الجزية ممن حصل لهم غرض من تقلبهم في بلادنا] :

وإنما قلنا : إنه لا يؤخذ منهم إلا بعد أن يحصل لهم الغرض الذي يريدونه لأن الآخذ إنما هو لانتفاعهم بالتقلب في بلادنا [١٠] والتجارة فيها ، فإذا لم ينتفعوا

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٤٢ ، التفريع : ١/ ٣٦٣ .
(٢) انظر : الإقناع ص ١٨٠ .
(٣) سورة الأنفال ، الآية : ٣٨ .
(٤) أخرجه أحمد : ٤/ ١٩٩ ، والطبراني ورجالهما ثقات (مجمع الزوائد : ٩/ ٣٥٤).
(٥) انظر : المدونة : ١/ ٢٤٠ – ٢٤١ ، التفريع : ١/ ٣٦٣ ، الرسالة ص ١٦٨ .
(٦) انظر : مختصر القدوري : ٤/ ١٤٣ ، مختصر المزني ص ٢٧٧ .
(٧) على سقطت من (ق) .
(٨) البيهقي : ٩/ ١٩٥ .
(٩) منه سقطت من (م) .
(١٠) في (م) ، و (ر) : بلاد المسلمين .

كان ما يؤخذ منهم للمشي والسعي فقط ، ولأن المأخوذ هو منسوب إلى بيعهم لا إلى رؤوس أموالهم ، وذلك يوجب ألا يؤخذ إلا بعد بيعهم .

فصـــل [١٠ - إذا دخلوا مراراً لبلادنا في السنة الواحدة] :

وإذا اختلفوا مرار في السنة أخذ منهم العشر في كل مرة [١] ، خلافاً للشافعي وغيره [٢] في قولهم : إنه يؤخذ منهم مرة في السنة لأن الانتفاع حاصل لهم في المرة الثانية والثالثة كحصوله في الأولى ، فوجب أن يؤخذ منهم مرة كل مرة انتفعوا بالسعي فيها ، ولأن المعنى في أخذ العشر لتبسطهم في بلاد الإسلام وانتفاعهم بالتجارات وحفظ الطرق لهم وحراسة أموالهم ، وذلك محتاج إليه في كل مرة ، فوجب أن يتكرر المأخوذ بتكرار اختلافهم ويفارق الجزية لأنها مقدرة بخفر الذِّمَّة [٣] والإقامة في دارنا فلذلك يقدر وقت أخذها .

فصـــل [١١ - الجزية نصف العشر لما يحمل إلى الحرمين] :

ويؤخذ منهم مما حملوا إلى الحرمين مما بالناس حاجة إليه من القوت وما يجرى مجراه نصف العشر [٤] ليحصل لأهل الحرمين ارتفاق منهم وليكثر [٥] الحمل إليهم إذا علموا أن المؤنة تخفف عنهم ويرغبوا في الحمل .

فصـــل [١٢ - فيما يؤخذ من تجار دار الحرب] :

ويؤخذ من تجار الحرب ما يوخذ من تجار أهل الذِّمَّة لا يزاد عليهم [٦] لأنهم كفار أخذ لهم الأمان في تقلبهم بالتجارة في بلاد الإسلام كأهل الذِّمَّة ، وقيل :

---

(١) انظر : التفريع : ١/٣٦٤ ، الرسالة ص ١٦٨ ، الكافي ص ٢١٨ .

(٢) وقاله أيضاً الحنابلة (انظر مختصر المزني ص ٢٧٧ ، المغني : ٨/٥١٩) .

(٣) في (م) : لحقن الدم .

(٤) انظر : التفريع : ١/٣٦٥ ، الرسالة ص ١٦٨ ، الكافي ص ٢١٨ .

(٥) في (م) : وليكثروا .

(٦) انظر : التفريع : ١/٣٦٤ ، الرسالة ص ١٦٨ ، الكافي ص ٢١٨ .

أن العشر غير مقدر وأن [1] التقدير للإمام ، ووجهه أنه لا حاجة بنا إلى تصرفهم في بلادنا وليس لهم ذمة توجب إباحتهم ذلك ، فوجب أن يكون الأمر فيه إلى الإمام على ما يراه من المصلحة ، والله أعلم .

تم كتاب الزكاة (يتلوه كتاب الصيام) [2]

* * *

(١) في (م) : لأن .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

كتاب الصيام [1]

(قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب) [2] : صوم شهر رمضان فريضة واجبة على الأعيان [3] لقوله تعالى : ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ [4] وقوله صلى الله عليه وسلم : « بنى الإسلام على خمس : فذكر صوم رمضان» [5] ، وقوله للذي سأله عن الإسلام : « وصوم رمضان » [6] ، ولأنه إجماع [7] .

فصل [١ - العلم بدخول شهر رمضان] :

وللعلم بدخوله ثلاثة طرق وهي : الرؤية ، والشهادة ، فإن لم يصل إلى واحد منهما فإكمال عدة شعبان [8] .

فأما الرؤية فالأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته » [9] ،

---

(١) الصيام لغة : الإمساك ، وشرعاً : الإمساك عن شهوتي البطن والفرج ، وما يقوم مقامهما مخالفة للهوى في طاعة المولى في جميع أجزاء النهار بنية قبل الفجر أو معه إن أمكن فيما عدا زمن الحيض والنفاس وأيام الأعياد . (معجم مقاييس اللغة : ٣/ ٣٢٣ ، الشرح الصغير : ١/ ٢٢٤) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٧٤ ، التفريع : ١/ ٣٠١ ، الرسالة ص ١٥٩ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٨٥ .

(٥) سبق تخريج الحديث .

(٦) سبق تخريج الحديث .

(٧) انظر المغني : ٣/ ٨٥ ، بداية المجتهد : ٥/ ١٢٦ .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٧٤ ، التفريع : ١/ ٣٠١ - ٣٠٢ ، الرسالة ص ١٥٩ ، الكافي ص ١١٩ - ١٢٠ .

(٩) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا رأيتم=

وقوله : « لا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه » [1] ، ولأن الرؤية محققة مقطوع عليها وما عداها [2] مظنون ، فإذا وجب الصوم بالمظنون كان بالمتحقق أولى .

فصـل [٢ - الشهادة وإكمال العدة في ثبوت هلال رمضان] :

الأصل في الشهادة ولزوم الصوم بها ورود الأخبار [3] وإجماع الأُمة عليه[4]، وإذا ثبت أنها طريق للعلم بدخول الشهر فأقل ما يجزيء منها شهادة رجلين مسلمين حرين عدلين ، ولا يُقبل فيها النساء بانفرادهن [5] ، ولا مع الرجال ولا العبيد ولا عدل واحد ولا اعتبار بكون السماء مصحية أو متغيمة ولا بالنقل الخاص أو [6] المستفيض .

فإن لم يصل إلى الشهادة على الشرط الذي وصفناها أكمل عدة شعبان ثلاثين يوماً ، ثم صام ولا يلتفت إلى قول المنجمين : أهل الحساب والعدد [7] .

فصـل [٣ - وجه عدم قبول شهادة النساء في رؤية هلال رمضان] :

وإنما قلنا : إنه لا يقبل فيها النساء على وجه لأنه حكم يثبت في البدن يطلع عليه الرجال غالباً فلم يقبل فيه شهادة النساء كالطلاق والعتاق والقتل [8]

= الهلال . . . » (٢/ ٢٢٩) ، ومسلم في الصيام ، باب : وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (٢/ ٧٥٩) .

(١) أخرجه البخاري ومسلم في نفس الأبواب والصفحات السابقة .

(٢) ما عداها : سقطت من (م) .

(٣) سيأتي ذكر الأخبار التي وردت بالشهادة في رؤية هلال رمضان .

(٤) حكي الإجماع ابن رشد في بداية المجتهد : ٥/ ١٣٢ ، المجموع : ٦/ ٣٠٧ ، ٣١١، ٣١٣ .

(٥) في (م) : لانفرادهن .

(٦) أو سقطت من (م) .

(٧) في جملة أحكام الشهادة انظر : المدونة : ١/ ١٧٤ - ١٧٥ ، التفريع : ١/ ٣٠١ - ٣٠٢ ، الرسالة ص ١٥٩ ، الكافي ص ١٢٠ .

(٨) والقتل : سقطت من (م) .

والحدود، ولأن شهادة النساء تقبل مع الرجال فيما طريقه المال أو المقصود منه المال وبانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً من عيوب النساء ومسألتنا خارجة عن هذين .

فصـل [١] [٤ - من أدلة شروط قبول الشهادة على هلال رمضان] :

وإنما قلنا : لا يقبل غير [٢] الأحرار لأن شهادة غير العدول غير مقبولة ، والحرية من شروط العدالة كالإسلام ، وإنما لم نفرق بين أن تكون السماء مصحية أو متغيمة خلافاً لأبي حنيفة [٣] في قوله : إن كانت مصحية لم تقبل فيه إلا شهادة العدد المستفيض خبرهم ، وإن كانت متغيمة قبلت فيه شهادة واحد ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن شهد ذوا عدل فصوموا وافطروا » [٤] ولم يفرق ، ولأنه قد حصل بشهادة عدلين ، فوجب قبولهما كما لو كانت متغيمة ولأنه معنى يثبت بالشهادة فلا يتعلق شرط الاستفاضة فيه بالصحو [٥] والغيم كسائر الأشياء المشهود فيها .

فصـل [٥ - شهادة الواحد على رؤية الهلال] :

وإنما قلنا : لا تقبل شهادة الواحد خلافاً للشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم[٦] : « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين ، فإن شهد ذوا عدل فصوموا وافطروا وانسكوا » [٧] ، فشرط العدد في

---

(١) الفصل : سقطت من (م) .

(٢) في (م) : إلا .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٦ ، مختصر القدوري : ١/١٦٣ - ١٦٤ .

(٤) أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : شهادة رجلين على رؤية هلال شوال : ٢/٧٥٢ والنسائي في الصيام ، باب : قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان : ٤/١٠٧ ، وأحمد : ٤/٣٢١ .

(٥) في (ق) : الصحي .

(٦) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

الشهر [١] فثبت وجوبه ، ولأنه حكم يثبت في البدن فلم يقبل في الشهادة عليه واحد أصله النكاح والطلاق ولأنها شهادة على رؤية الهلال كالفطر .

وإنما قلنا : إن مع عدم الرؤية والشهادة يجب كمال العدد لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن حال دونه غمام فأتموا العدة ثلاثين » [٢] ، وقوله : « فإن غم عليكم فأقدروا له » [٣] ، ولأن الأصل بقاء شعبان فلا ينتقل عنه إلا بأن يثبت[٤] دخول رمضان من طريق مثله وليس إلا الرؤية والشهادة .

فصـــل [٦ - قول أهل النجوم والعدد في هلال رمضان] :

وإنما قلنا : إنه لا اعتبار بقول أهل النجوم والعدد لقوله : « من صدق كاهناً أو منجماً فقد كفر بما أنزل على محمد » [٥] ، ولأنهم يثبتون ذلك من طريق يخالفون في صحته ولا يسلم لهم ثبوته ، ولأن صاحب الشرع قصر ذلك على الرؤية والشهادة وإكمال العدة فلم يجز إثبات زيادة عليه .

فصـــل [٧ - النية في الصيام] :

النية شرط في صحة كل صوم من فرض ونفل وقضاء ونذر معين أو مستحق في الذِّمَّة [٦] خلافاً لزفر في قوله : إن رمضان غير محتاج إلى نية [٧] ، لقوله

---

(١) في (م) : الشهود .

(٢) أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : من قال : فإن عليكم فصوموا ثلاثين (٢/ ٧٤٥) ، والنسائي في الصيام ، باب : ذكر الاختلاف على عمرو بن دينار في حديث ابن عباس فيه (٤/ ١٠٩) ، والترمذي في الصوم ، باب : ما جاء أن الصوم لرؤية الهلال والإفطار له (٣/ ٧٢) ، وقال : حديث ابن عباس حديث حسن صحيح .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٥٣) .

(٤) في (م) : ثبت .

(٥) أخرجه الترمذي في باب : كراهية إتيان الحائض : ١/ ٢٤٢ بلفظ : « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً ، فقد كفر بما أنزل على محمد) ، قال أبو عيسى : لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم عن أبي تميمة عن أبي هريرة .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٨٣ ، ١٨٨ ، التفريع : ١/ ٣٠٣ ، الرسالة ص ١٥٩ .

(٧) اللباب في شرح مختصر القدوري : ١/ ١٦٣ .

صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات »[1] الحديث ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »[2] فعم ، ولأنه صوم شرعي فأشبه سائر الصيام .

فصل [٨ - نية الصيام بعد الفجر] :

ولا تجزيء النية بعد الفجر لشيء من أنواع الصيام[3] خلافاً لأبي حنيفة[4] في إجازته ذلك فيما يتعلق بوقت معين كصوم رمضان والنذر المؤقت ، وللشافعي[5] إجازته ذلك[6] في النفل دون الفرض ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »[7] فعم ، ولأنه صوم شرعي فأشبه النذر والقضاء والنفل ، ولأنها عبادة من شرطها النية ، فوجب ألا يتأخر عن بعض زمانها أصله الصلاة والحج ، ولأنها نية ابتدأت بعد مضي جزء من النهار أصله بعد الزوال ، ولأن كل ما لا يكون الصائم صائم إلا بوجوده فلا يصح الصوم بعد مضي جزء من اليوم عرياً منه أصله الإمساك ، ولأن النية أحد ركني الصيام فاختصت بإحدى جنسي الزمان أصله الإمساك ، وعلى الشافعي خاصة أن النهار لو كان زماناً تصح فيه نية لصيام النفل لصحت فيه نية الفرض

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٩) .

(٢) أخرجه أبو داود في القيام /الصيام ، باب : النية في الصيام : ٨٢٣/٢ ، والنسائي في الصيام ، باب : ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة : ١٦٦/٤ ، وابن ماجه في الصيام ، باب : ما جاء في فرض الصوم من الليل (٥٤٢/١) ، والترمذي في الصوم ، باب : لا صيام لمن لم يعزم من الليل : ١٠٨/٣ ، وأخرجه الحاكم ، وقال : صحيح على شرط الشيخين (نصب الراية : ٤٢٣/٢) .

(٣) انظر : التفريع : ٣٠٣/١ ، الرسالة ص ١٥٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٣ ، مختصر القدوري : ١٦٣/١ .

(٥) انظر : الأم : ٩٥/٢ ، مختصر المزني ص ٥٦ .

(٦) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

اعتباراً بالليل ، ولأنها عبادة من شرطها النية ، فلم يختلف فرضها ونفلها في وقت النية أصله الصلاة .

فصل [٩ - من نوى لجميع شهر رمضان] :

إذا نوى لجميع شهر رمضان من أول ليلة أجزاه [١] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم [٣] : « إنما لامريء ما نوى » [٤] ، ولأنه نية لصوم في زمان يصلح جنسه لنية الصوم لا يتخلل النية والعمل المنوي زمان نهار فطر فأشبه إذا نوى اليوم الأول من ليلته وقت المغرب أو [٥] العشاء الآخرة .

فصل [١٠ - من رأى هلال رمضان وحده] :

إذا ترآى الناس هلال رمضان فرآه رجل واحد لزمه صومه في نفسه لأنه لما لزمه بإخبار غيره عن رؤيته وهي مظنونه له كان بتيقنه أولى ولا خلاف في ذلك ، وإذا ثبت هذا فإن كان ممن يسمع الإمام قوله ، فعليه أن يخبر الإمام بذلك لأنه حق لله تعالى فيلزمه [٦] أداؤه ، ولعل غيره أن يكون قد رآه فتكمل الشهادة ، وإن كان فاسقاً أو عبداً أو امرأة أو غيرها لا تعرف عدالته فليس عليه أن يعلم الإمام لأنه يضع من نفسه بغير فائدة بل يصوم لنفسه [٧] .

---

(١) انظر : التفريع : ٣٠٣/١ ، الرسالة ص ١٥٩ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٥٣ ، مختصر المزني ص ٥٦ .

(٣) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٩) .

(٥) في (ق) : و .

(٦) في (م) : فلزمه .

(٧) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١٧٤/١ - ١٧٥ ، التفريع : ٣٠١/١ ، الكافي ص ١٢٠ .

فصـل [١١ - إذا تعمد الإفطار في اليوم الذي رأى الهلال في ليلته وحده] :

وإذا [١] تعمد الإفطار في اليوم الذي رأى الهلال في ليلته وحده فعليه القضاء والكفارة ولا اعتبار في ذلك بحكم الإمام بوجوب صيام ذلك اليوم [٢] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا كفارة عليه إذا لم يحكم الإمام بصومه [٣] لأنه هاتك لحرمة يوم عليه يقيناً من رمضان بالفطر فيه ، فلزمته الكفارة أصله اليوم الثالث ، ولأنه لزمته الكفارة بفطرة مع حكم الحاكم بوجوبه كان بأن يلزمه برؤية نفسه أولى ، ولأنه حكم يلزمه بالفطر في رمضان ، فلم يكن لحكم الإمام اعتباراً فيه أصله القضاء .

فصـل [١٢ - في يوم الشك] :

وإذا لم ير الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان والسماء مصحية أو متغيمة ، فإن الغد محكوم عليه بأنه من شعبان ، فإن كان هناك غيم كان يوم شك لإمكان أن يكون الغيم هو المانع من الرؤية [٤] ، والمستحب أن يصبح الإنسان ممسكاً عن الطعام لجواز أن يثبت أن اليوم من رمضان بشهادة فيسلم من أن يكون قد أكل في رمضان ، وإن كان القضاء لازماً له علي هذه الصفة .

ويكره أن ينوي صومه تطوعاً تعمداً [٥] عند بعض أصحابنا ، ويجوز عند مالك [٦] إذا لم يقصد به استقبال رمضان ، وكذلك يجوز إذا وافق صوماً كان يصومه ، ولا يجوز أن ينوي بصومه أنه من رمضان على طريق الاحتياط ، فإن

---

(١) في (م) : إن .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٧٤ ، التفريع : ١/ ٣٠١ .

(٣) انظر : اللباب في شرح مختصر القدوري : ١/ ١٦٣ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ١٨٢ ، الرسالة ص ١٥٩ ، الكافي ص ١٢٠ .

(٥) تعمداً : سقطت من (م) .

(٦) في (م) : عبد الملك وهو كذلك عنده وكرهه ابن مسلمة (انظر شرح زروق على الرسالة : ١/ ٢٩٤) .

كان منه فقد أداه ، وإن لم يكن منه كان تطوعاً ، فإن [1] صامه على ذلك ، فلا يجزؤه متى ثبت أنه من رمضان وعليه قضاؤه [2] .

فصــل [١٣ - في صحة صوم يوم الشك تطوعاً] :

وإنما قلنا : إن صومه يصح تطوعاً [3] خلافاً لمن قال : إنه لا يصح على وجه [4] لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يتقدمن أحدكم صوم رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يكون صوم كان [5] يصومه فليصم ذلك اليوم » [6] فعم ، ولأنه يوم من شعبان فأشبه ما قبله .

فصــل [١٤ - وجه من أجاز صوم يوم الشك ومن كرهه] :

وإنما أجزنا أن يصام تطوعاً للخبر الذي رويناه ، والقياس ، ولأنه من شعبان فصح صومه أصله إذا وافق صوماً كان يصومه ، ولأن كل يوم لم يكره أن يتطوع لصومه على وجه لم يكره أن يتطوع به على وجه الابتداء ، أصله سائر الأيام ، ووجه الكراهة [7] وهو قول محمد بن مسلمة والشافعي [8] : « أنه صلى الله

(١) في (م) : فإنه إن .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٨٢ ، التفريع : ١/٣٠٤ ، الرسالة ص ١٥٩ ، الكافي ص ١٢٠ .

(٣) انظر : المدونة : ١/١٨٢ ، التفريع : ١/٣٠٤ ، الرسالة ص ١٦٠ ، الكافي ص ١٢٠ .

(٤) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/٣٤٣ .

(٥) كان : سقطت من (ق) .

(٦) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : لا يتقدمن رمضان بصوم يوم أو بيومين : ٢/ ٢٣٠ ، ومسلم في الصيام ، باب : لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين : ٢/ ٧٦٢.

(٧) في (م) : الكراهية .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ٥٦ ، الإقناع ص ٧٤ .

عليه وسلم نهى عن صيام يوم الشك »[1] فعم ، ولأن عماراً[2] امتنع أن يصومه[3] ، وقال : « من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم »[4] .

فصـل [١٥ - النهي على أن يصام إن كان من رمضان وإن لم يكن متطوعاً] :

وإنما منعنا[5] أن يصام على أنه إن كان من رمضان كان إذا ، فإن لم يكن منه كان تطوعاً خلافاً لأبي حنيفة[6] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين »[7] ، ولأنه لو شك في طلوع الفجر فصلى ركعتين ينوي بهما صلاة الصبح إن كان الفجر قد طلع والتطوع إن لم يكن طلع ثم يثبت أنه صلاهما بعد الفجر لم يجزؤه ذلك ، فكذلك صوم يوم الشك .

فصـل [١٦ - إذا ثبت الشهادة بدخول رمضان يوم الشك] :

وإذا ثبت الشهادة في يوم الشك برؤية الهلال عشية الأمس ، فقد ثبت كون ذلك اليوم من رمضان فلا يخلوا الناس من أربعة أحوال[8] :

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الصيام ، باب : ما جاء في صيام يوم الشك : ١/٥٢٧ ، وفي الزوائد إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف عبد الله بن سعد المقبري .

(٢) عمار بن ياسر : بن عامر بن مالك العنبسي أبو اليقظان مولى بني مخزوم ، صحابي جليل ، مشهور من السابقين الأولين بدري ، قتل مع عليّ بصفين سنة سبع وثلاثين (تقريب التهذيب ص ٤٠٨) .

(٣) أن يصومه : سقطت من (ق) .

(٤) أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : كراهية صوم يوم الشك : ٢/٧٤٩ ، والنسائي في الصيام ، باب : صيام يوم الشك : ٤/١٢٦ ، وابن ماجه في الصيام ، باب : ما جاء في صيام يوم الشك : ١/٥٢٧ ، والترمذي في الصوم ، باب : ما جاء في كراهية صوم يوم الشك : ٣/ ٧٠ ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٥) في (م) : امتناع .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/٣٤٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٥٣) .

(٨) انظر : المدونة : ١/١٨٣ - ١٨٤ ، التفريع : ١/٣٠٢ ، الرسالة ص ١٦٠ .

إما أن يكون منهم من أكل ومن لم يأكل ولم ينو صوماً ، أو من لم يأكل وقد نوى التطوع أو غيره من الصيام سوى رمضان ، أو من لم يأكل ونوى بصومه الاحتياط فكلهم لا يجزؤه وعليهم قضاؤه .

فأما من كان منهم أكل فلأنه لم يمسك ولم ينو فلا يجزؤه ، وعليه أن يكف بقية يومه عن الأكل لأنه لو علم أن اليوم من رمضان لم يكن له أن يأكل ، وكل من هذه سبيله فعليه أن يكف إذا عرفه (١) .

وأما من لم يأكل ولم ينو فعليه إمساك اليوم لما ذكرناه ، وعليه قضاء ذلك اليوم خلافاً لعبد الملك بن الماجشون وأحمد بن المعذل في قولهما : أنه يجزؤه صومه ولا قضاء عليه ، وإنما قلنا ذلك لأنه لم ينو من الليل ولأنه (٢) لم يعلم به فيعتقد الصوم ولا يصح الصوم بغير نية من الليل ولا تكفيه نية الإسلام دون تعيينها وقصد الزمان بها ، ولأنه لم ينو هذا الصوم من ليلته فأشبه إذا نواه تطوعاً.

وأما من نوى تطوعاً فلا يجزؤه أيضاً لأمرين : أحدهما أن نية رمضان به لم تحصل ، والآخر (٣) أن رمضان عينه مستحقة لنفسه ولا يصام عن غيره على وجه.

وأما من صامه على الشك والاحتياط فقد ذكرناه .

فصل [١٧ - الشهادة في آخر يوم من رمضان] :

وإن ثبتت الشهادة في آخر يوم من رمضان أنهم أهلوا الهلال عشية أمسه ، فإن الناس يفطرون لوقتهم (٤) لأنه ثبت أن اليوم يوم الفطر وصومه غير جائز فهو كالليل وكأوقات الحيض .

---

(١) في (ق) : عذره .

(٢) لأنه : سقطت من (م) .

(٣) في (ق) : الأخرى .

(٤) انظر : التفريع : ٣٠٢/١ ، الكافي ص ١١٩ - ١٢٠ .

فصـــل [١٨ - هل تصلي صلاة العيد إذا رؤى الهلال في يومه ؟] :

فأما صلاة العيد فينظر ، فإن كان قبل الزوال صليت وإن كان بعده لم تصل لا في بقية اليوم ولا من الغد [١] ، وإنما قلنا : إنها تصلي إذا كان قبل الزوال لأن وقتها باق لأنه ما بين ضحوة إلى الزوال ، وإنما قلنا : أنه إذا كان بعد الزوال لم يصلوا للإجماع على ذلك [٢] ، ولأن النبي ﷺ لم يصلها ولا أحد من الأئمة بعده بعد الزوال ، وإنما قلنا : لا تصلي من الغد [٣] خلافاً للشافعي وأحمد [٤] لأنه غير يوم عيد [٥] ، فلم يقض فيه صلاة العيد كالثالث والرابع ، ولأنها صلاة مسنونة ، فخروج وقتها مسقط لها كالوتر والكسوف ، ولأنها لما لم تصل بعد الزوال ، وهو إلى وقتها أقرب كانت بأن لا تصلي من الغد أولى لأنه من وقتها أبعد .

فصـــل [١٩ - إذا رؤي الهلال آخر يوم من شعبان أو من رمضان نهاراً] :

وإذا رؤى الهلال آخر يوم من شعبان أو من رمضان فهو لغده دون يومه سواء كان قبل الزوال أو بعده ، فإن كان هلال رمضان لم يكف الناس عن الأكل [٦] ، لأن اليوم من شعبان ، وإن كان هلال شوال مضوا على صومهم ، لأن اليوم من رمضان ، وفرق أبو يوسف بين أن يرى قبل الزوال أو بعده ، فجعل رؤيته قبل الزوال لليوم وبعده للغد [٧] ، ورأيت نحوه لابن حبيب [٨] ، ودليلنا قول عمر

---

(١) انظر : التفريع : ٣٠٢/١ ، الكافي ص ١١٩ - ١٢٠ .

(٢) انظر : المغني : ٣٩١/٢ - ٣٩٢ ، فتح الباري : ٣٦٦/٢ ، نيل الأوطار : ٢٩٣/٣ .

(٣) انظر : التفريع : ٣٠٢/١ ، الكافي ص ٧٨ .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ٥٨ ، مسائل الإمام أحمد ص ١٧٨ .

(٥) في (م) : العيد .

(٦) انظر : التفريع : ٣٠١/١ ، الكافي ص ١٢٠ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٦ .

(٨) ذكره الحطاب في مواهبه نقلاً عن مختصر الواضحة : ٣٩٢/٢ .

رضي الله عنه : « إن الأهلة بعضها أكبر من بعض ، فإذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تصوموا ولا تفطروا إلا أن يشهد رجلان أنهما أهلاه بالأمس »[1] ، ولأن رؤيته يوم الثلاثين لا يوجب أن يكون ليومه أصله إذا رئي بعد الزوال .

* * *

(١) أخرجه ابن أبي شيبة : ١/١٢٧ ، وعبد الرزاق : ٤/١٦٣ ، البيهقي : ٤/٣١٣ .

باب : الصوم الشرعي

الصوم الشرعي : هو إمساك جميع النهار بنية قبل الفجر أو معه فيما عدى زمان الحيض والنفاس والإغماء والجنون ، والأيام التي يصلي فيها صلاة العيد[1].

فصـل [١ - أدلة الصوم الشرعي] :

وإنما قلنا : إنه إمساك جميع أجزاء[2] النهار لقوله تعالى : ﴿ حتى يتبين لكم الخيط الأبيض . . . إلى قوله : ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾[3] ، فألزمنا الإمساك مع طلوع الفجر ثم أمرنا[4] بإتمامه إلى الليل .

وإنما قلنا بنية لما قدمناه من الدلالة على أن النية شرط في جميع الصيام فوجب أن تكون قبل أن يستحق الوقت للصيام أو مع أوله ليكون الشروع في ذلك مقارناً لها أو متقدماً عليها ، ولا يجوز تأخيرها عن الفجر .

وإنما شرطنا أن يكون فيما عدى زمان الحيض والنفاس للاتفاق على أن الحيض والنفاس يمنعان أداء الصوم ، وقد مضى ذلك في كتاب الحيض[5] .

وإنما شرطنا أن يكون في حال لا يقارنها إغماء ولا جنون لأنهما يؤثران في منع الأداء على ما سنذكره[6] ، وإنما شرطنا أن يكون في أيام لا يصلي فيها العيد احترازاً من أيام العيد لأن صومها لا يصح بمثابة الليل .

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٩١ - ١٩٣ ، التفريع : ١/٣٠٥ - ٣٠٦ ، الرسالة ص ١٥٩ - ١٦١ .

(٢) أجزاء : سقطت من (ق) ، و (م) .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٤) في (م) : أمر .

(٥) تقدم .

(٦) في (ق) : ما نذكره .

فصـل [٢ - في جواز صيام أيام التشريق للمتمتع] :

ويجوز للمتمتع صوم أيام التشريق [١] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] لقوله تعالى : ﴿ فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ [٣] فعم ، وروى ابن عمر : « أنه صلى الله عليه وسلم رخص للمتمتع إذا لم يجد الهدي ولم يصم أيام العشر أن يصوم أيام التشريق » [٤] وهذا كالنص ، ولأن كل يوم لا يصلي فيه صلاة العيد، فإن صومه يصح أصله سائر الأيام .

فصـل [٣ - صيام أيام التشريق تطوعاً] :

ويكره التطوع بصيامها لقوله صلى الله عليه وسلم [٥] : « إنها أيام أكل وشرب وبعال » [٦] ، فأجراها مجرى يوم العيد ولا يجوز اعتبار ذلك بالمتمتع لأن الضرورة لا تعتبر بالاختيار .

فصـل [٤ - فيما يجب الإمساك عنه] :

والذي يجب الإمساك عنه ويحكم بالفطر متى انخرم شيء منه هو الأكل والشرب وإيصال شيء يتطعم إلى الحلق من أي المنافذ كان : من مدخل الطعام والشراب أو العين أو الأذن أو الأنف أو ما ينحدر من الدماغ بعد وصوله من بعض هذه المنافذ ، فمتى وصل شيء من ذلك إلى حلقه ، فإنه يفطر مثل أن بالغ

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٨٧ ، التفريع : ١/٣٠٤ ، الكافي ص ١٢٧ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٦ ، الأم : ٢/١٨٩ - ١٩٠ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٤) أخرجه الدارقطني (٢/١٨٦) من طريق يحيى بن سلام ، وقال : ليس بالقوي ، وأصله في صحيح البخاري من حديث عروة عن عائشة ، ومن حديث سالم عن أبيه ، وهذا في حكم المرفوع (تلخيص الحبير : ٢/١٩٦) .

(٥) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٦) بعال : يقال : باعل الرجل امرأته بعالاً إذا لاعبها (المصباح المنير ص ٥٦) .
أخرجه مسلم في الصيام ، باب : تحريم صوم أيام التشريق : ٢/ ٨٠٠ .

في الاستنشاق فيصل الماء إلي حلقه أو يستسعط [1] بدهن أو يصبه في صماخه أو يكتحل بكحل حاد فيجد طعم ذلك في حلقه .

واختلف فيمن بلغ ما لا يغذى [2] ولا يماع في الجوف كالحصى والدرهم وما أشبهه ، فقيل : أنه بمثابة الطعام والشراب في وقوع الفطر به ، وقيل : لا يقع الفطر به [3] .

واختلف في الحقنة والصحيح أنها لا تفطر [4] ولا يفطر ما لا يمكن الاحتراز منه كغبار الدقيق والتراب ، وما بين الأسنان الذي يترك مع الريق [5] وما أشبه ذلك .

ومما يلزم الإمساك عنه الإيلاج في قبل أو دبر ، فمتي حصل وقع الفطر من غير مراعاة الإنزال ، وكذلك إنزال الماء الدافق كان بوطء دون الفرج أو عن قبلة أو جسة أو عبث بيد أو مداومة نظر أو فكرة أو تذكر وما أشبه ذلك من الأسباب الداعية له .

ولا يفطر باحتلام ولا بما يرهقه ابتداء من الإنزال من غير سبب استدعى به[6] إن أمكن وجود ذلك ، ومما يفسد الصوم الحيض والنفاس والردة وترك النية من الليل والإغماء والجنون قبل طلوع الفجر إذا داما به إلى بعد طلوعه ، وكذلك السكر فهذا جمهور ما في هذا الباب [7] .

---

(١) في (م) يتسعط ، والسعوط : فيما يصب في الأنف (المصباح المنير ص ٢٧٧).

(٢) في (م) : يتغذى .

(٣) انظر : التفريع : ١/٣٠٨ ، الكافي ص ١٢٦ - ١٢٧ .

(٤) انظر : التفريع : ١/٣٠٨ ، الكافي ص ١٢٦ ، والمراد بالحقنة : حقنة الشرج .

(٥) في (م) : الأكل .

(٦) في (م) : استدعاه .

(٧) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/١٨٤ - ١٨٦ ، التفريع : ١/٣٠٥ - ٣٠٩ ، الرسالة ص ١٦٠ - ١٦٢ ، الكافي ص ١٢٦ - ١٢٧ .

فصـل [٥ - أدلة الإمساك عن الأكل والشرب] :

وإنما قلنا : إن الإمساك يجب بجميع النهار [١] عن الأكل والشرب لقوله تعالى : ﴿ فكلوا واشربوا . . . إلى قوله : ﴿ إلى الليل ﴾ [٢] فأمرنا بالإمساك عن ذلك عند طلوع الفجر إلى دخوله الليل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء : « من أكل فليمسك » [٣] والإجماع على ذلك [٤] ، وإنما قلنا : إن وصول الطعام إلى الحلق من أي المنافذ كان يفطر لاتفاقهم على أن وصوله من مدخل الطعام أو الشراب يفطر ، والعلّة فيه وصول طعمه إلى الحلق ، فكانت سائر المنافذ بمنزلته والاتفاق على منع الصائم من ذلك ، ولو كان الفطر لا يقع به لم يكن للمنع منه معنى ، وكذلك الإفطار بما لا يغذى ولا يماع كالحصى [٥] وغيره من الجامدات ولا معنى لمن منع ذلك من أصحابنا [٦] لقوله [٧] : أنه لو كان ذلك يفطر لكان في عمده الكفارة لأنا كذلك نقول .

فصـل [٦ - الدليل على أن الإيلاج يفسد الصوم] :

وإنما قلنا : إن الإيلاج يفسد الصوم للإجماع على ذلك [٨] ، ولأمره صلى الله عليه وسلم السائل عمن وقع على أهله في نهار رمضان بالقضاء والكفارة من غير استفصال هل أنزل أو لم ينزل [٩] .

---

(١) بجميع النهار : سقطت من (ق) و (ر) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٣) أخرجه البخاري في الصيام ، باب : صيام يوم عاشوراء : ٢/ ٢٥١ .

(٤) انظر : المجموع : ٣/ ٤٧ ، المغني : ٣/ ١٠٢ .

(٥) في (م) : كالحصاة .

(٦) فقد قال المتأخرون من المالكيين : أن القضاء في مزدرد الحصاة عامداً (انظر الكافي ص ١٢٦ - ١٢٧) .

(٧) في (م) : بقوله .

(٨) انظر : المجموع : ٦/ ٣٤٧ ، المغني :٣/ ١٢٠ .

(٩) أخرجه البخاري في الصوم، باب: إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء يتصدق=

فصل [٨ - فيما زاد على التقاء الختانين ومغيب الحشفة] :

وإنما لم نراع ما زاد على التقاء الختانين ومغيب الحشفة لأن ذلك غير مراعى في سائر الأحكام المتعلقة بالإيلاج من الغسل والحد والحصانة وكمال المهر والإحلال، فكذلك في وقوع الفطر به .

وإنما قلنا : إن الإنزال عن أسباب اللذة مؤثر في إفساد الصوم للاتفاق على أن الإنزال في الجملة له تأثير في إفساد الصوم وأن وقوعه لا عن سبب من الصائم يستدعيه به لا يفسده كالاحتلام ، فلم يبق إلا أن يكون مستدعى [١] بوجه من وجوه اللذة .

فصل [٩ - دليل أن الاحتلام لا يفسد الصوم] :

وإنما قلنا في الاحتلام : إنه لا يفسد الصيام لما روي : « ثلاث لا يفطرن الصائم فذكر الاحتلام » [٢] ، والإجماع على أن المراعى في ذلك سبب يكون من الفطر ، وأما الحيض والنفاس فقد ذكرناه في باب الحيض .

فصل [١٠ - الدليل على أن الردة تفسد الصوم] :

وأما الردة فلقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ ليحبطن عملك ﴾ [٣] فعم ، ولأن من شرط الصوم التقرب بفعله والردة تنافي ذلك .

فصل [١١ - الدليل على أن الإغماء والجنون يمنعان صحة الصوم] :

وإنما قلنا : إن الإغماء والجنون يمنع صحة الصوم لقوله صلى الله عليه وسلم :

= عليه فليكفر : ٢/٢٣٦ ، ومسلم في الصيام ، باب : تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم . . . (٢/ ٧٨١ - ٧٨٢) .

(١) في (م) : مستدعياً .

(٢) أخرجه الترمذي في الصوم ، باب : الصائم يخرعه القيء : ٣/ ٩٧ ، وقال : حديث غير محفوظ ، وأخرجه ابن حبان في كتاب الضعفاء ، وأخرجه البزار في مسنده من طريق آخر ، وقال وهذا من أحسنها إسناداً (نصب الراية : ٢/٤٦ - ٤٤٧) .

(٣) سورة الزمر ، الآية : ٦٥ .

« رفع القلم عن ثلاثة فذكر : المجنون »[1] ، ورفع القلم عبارة عن نفي تعلق الأحكام بفعله ، ولأنه معنى ينافي التكليف لا يغلب وقوعه ، فخرج من وجد به عن أن يكون من أهل النية .

فصل [١٢ - قضاء المجنون والمغمى عليه ما فاتهما من شهر رمضان] :

وإذا أفاق المجنون والمغمى[2] بعد مضي الشهر قضى ما فاته[3] خلافاً لأبي حنيفة[4] والشافعي ، وسواء بلغ مطبقاً أو عرض له ذلك بعد بلوغه ، ولأنه مسلم عرض له ما منع انعقاد صومه فلزمه قضاؤه عند زواله كالحيض .

* * *

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) والمغمى : يقطت من (ق) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٨٥ ، التفريع : ١/ ٣٠٩ ، الرسالة ص ١٦٢ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٥ ، مختصر القدوري : ١/ ١٧٢ ، وفيه : إذا أفاق في بعض رمضان قضى ما مضى منه .

باب : فيمن أكل أو شرب أو خرم الإمساك ناسياً وهو صائم [1]

ومن أكل أو شرب أو خرم الإمساك المأمور به سهواً ، فقد أفسد صومه وعليه القضاء في الفرض [2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] لقوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ [4] وهذا غير متمم ، ولأنه مكلف حصل آكلاً في نهار رمضان كالعامد ، ولأن السهو نوع من الأعذار [5] ، فلم يمنع إفساد الصوم بوقوع ما منع منه في عمده [6] أصله المرض ، ولأن الإمساك أحد ركني الصوم فكان تركه سهواً في إفساده كتركه عمداً أصله النية .

فصـل [١ - تعجيل الإفطار وتأخير السحور] :

ويستحب تعجيل الإفطار وتأخير السحور [7] لقوله صلى الله عليه وسلم : «لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر » [8] ، وروي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يتسحر ثم يقوم إلى صلاة الغداة ، قال أنس [9] : كان بين ذلك قدر

---

(١) عنوان الفصل في (م) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ١٨٥ ، التفريع : ١/ ٣٠٥ ، الرسالة ص ١٦١ ، الكافي ص ١٢٥ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٤ ، الإقناع ص ٧٥ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٥) في (ق) : ولأن الشهر نوع من الأعداد .

(٦) في (ق) : في غيره .

(٧) انظر : الموطأ : ١/ ٢٨٨ - ٢٨٩ ، الرسالة ص ١٦٠ .

(٨) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : تعجيل الإفطار : ٢/ ٢٤١ ، ومسلم في الصيام، باب : فضل السحور وتأكيد استحبابه : ٢/ ٧٧١ .

(٩) أنس : بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرمي ، خادم رسول الله ﷺ خدمه عشر سنين ، مشهور ، مات سنة اثنتين ، وقيل : ثلاث وتسعين ، وقد جاوز المائة (تقريب التهذيب ص ١١٥) .

خمسين آية [١] ، وفي بعض الحديث أن من عمل النبوة تعجيل الإفطار وتأخير السحور [٢] .

فصل [٢ - فيمن أفطر قبل الغروب أو تسحر بعد طلوع الفجر] :

ومن غلب ظنه غروب الشمس فأفطر أو بقاء الليل فتسحر ثم بان له أنه أكل نهاراً فليس بصائم وعليه القضاء في الفرض خلاف النذر المعين [٣] خلافاً لداود[٤] لقوله تعالى [٥] : ﴿ فكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر [٦] .. إلى قوله : إلى الليل ﴾ [٧] ، وهذا لم يتممه، ولأنه أكل في نهار رمضان مع التكليف كالعامد ، ولأن خطأ الوقت في الصوم مثله في الصلاة ، ولو صلى المغرب وعنده أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت لزمه القضاء ، وكذلك إذا أفطر وعنده أنها قد غربت وبان له أنها لم تغرب .

فصل [٣ - من ذرعه القيئ وهو صائم] :

ومن ذرعه القيئ لم يفسد صومه ولا قضاء عليه [٨] لقوله صلى الله عليه

---

(١) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : قدركم بين السحور وصلاة الفجر : ٢/ ٣٢ ، ومسلم في الصيام ، باب : فضل السحور وتأكيد استحبابه : ٢/ ٧٧١ .

(٢) أخرجه الطيالسي والطبراني في الكبير بسند : رجاله رجال الصحيح بلفظ : « إنا معشر الأنبياء أمرنا بتعجيل فطرنا وتأخير سحورنا .. » (انظر : مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة ص ١٠٧) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٧٢ ، الرسالة ص ١٦١ .

(٤) انظر : المحلي : ٦/ ٣٢٩ ، المجموع : ٦/ ٣٤٨ .

(٥) تعالى : سقطت من (ق) .

(٦) من الفجر : سقطت من (ق) .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ١٧٩ ، التفريع : ١/ ٣٠٧ ، الرسالة ص ١٦٠ ، الكافي ص ١٢٧) .

وسلم: « من ذرعه [1] القيء فلا قضاء عليه » [2] ، وقوله : « ثلاث لا يفطرن الصائم : فذكر القيئ » [3] ، ولأنه خارج من البدن من غير مخرج الحيض ، فإذا كان بغير صنع من الصائم ولا استدعاء لم يفسد الصوم أصله الاحتلام .

فصل [٤ - فيمن استقى عامداً] :

وإن استقى فمن أصحابنا من يقول : إن القضاء واجب ، ومنهم من قول : مستحب [4] ، فوجه الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم : « ومن استقى فعليه القضاء » [5] ، ولأن الغالب منه عود شيء مما يخرج من حلقه إلى جوفه ، وذلك مفطر له للغالب على اليقين ، ووجه نفيه فلأنه خارج من الفم كالبصاق ولأنه لما افترق الحكم بين غلبته وعمده دل على أنه لا يقع به الفطر ، وهذا يدخل عليه الإنزال لأن الحكم يفترق بين غلبته بالاحتلام وبين عمده والقول في الكفارة مبني على هذا الاختلاف .

فصل [٥ - الحجامة في الصوم] :

الحجامة [6] لا تفطر [7] خلافاً لأحمد [8] ، « لأنه صلى الله عليه وسلم

---

(١) من ذرعه القيئ : أي سبقه وغلبه في الخروج (المطلع ص ١٤٨) .

(٢) أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : الصائم يستقيء عمداً : ٢/ ٣١٠ ، والترمذي في الصوم ، باب : ما جاء فيمن استقاء عمداً : ٩٨/٣ ، وقال عنه : حديث حسن غريب.

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) انظر : المدونة : ١٧٩/١ ، التفريع : ٣٠٧/١ ، الرسالة ص ١٦٠ ، الكافي ص ١٢٦ .

(٥) هو جزء من حديث : « من ذرعه القيئ . . » الذي سبق قريباً .

(٦) الحِجامة : هي مص الدم بالمحجم .

(٧) انظر : الموطأ : ٢٩٩/١ ، التفريع : ٣٠٧/١ .

(٨) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١٨١ .

احتجم وهو صائم »[1] ، وقال : « ثلاث لا يفطرن فذكر الحجامة »[2] ، ولأنها في معنى الجراحة كالفصاد[3] .

فصل [٦ -] :

إذا ثبت أنها لا تفطر فإنها مكروهة لأن الغالب منها لحوق الضعف ، فربما أدى إلى الفطر ، وقد روي هذا المعنى عن عليّ وابن عباس[4] ، وجماعة من الصحابة .

فصل [٧ - السواك للصائم] :

السواك جائز للصائم في الجملة[5] لقوله صلى الله عليه وسلم[6] : « خير خصال الصائم السواك »[7] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم كان يفعله ويداوم عليه[8] ، وأول النهار وآخره سواء في إباحته خلافاً للشافعي في كراهيته له آخر النهار[9] ، لأن كل معنى لم يكره أول النهار لم يكره آخره كالمضمضة ، ولأن أول النهار مساو لآخره في شروط الصحة ، فكذلك في الندب والإباحة .

---

(١) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : الحجامة والقيئ للصائم : ٢/٢٣٧ .

(٢) سبق تخريج الحديث .

(٣) الفصاد : قطع العرق (الصحاح : ٢/٥١٩) .

(٤) انظر : مصنف ابن أبي شيبة : ١/١٢٥ ، شرح معاني الآثار - للطحاوي : ٢/١٠٠ .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٨٠ ، التفريع : ١/٣٠٨ .

(٦) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٧) أخرجه ابن ماجه في الصيام في باب السواك والكحل للصائم : ١/٥٣٦ ، وفي إسناده حجالة وهو ضعيف ، لكن له شاهد من حديث عامر بن ربيعة في البخاري وأبو داود والترمذي .

(٨) أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : السواك للصائم : ٢/٧٦٨ ، والترمذي في الصوم ، باب : ما جاء في السواك للصائم : ٣/١٠٤ ، وقال : حديث حسن .

(٩) انظر : مختصر المزني ص ٥٩ ، الإقناع ص ٧٩ .

فصل [٨ - الأسباب التي يفطر بها الصائم] :

الأسباب التي يفطر بها الصائم ضربان : منها ما هو من فعله ، ومنها ما ليس من فعله .

فالذي ليس من فعله لا كفارة فيه أصلاً ، وذلك الحيض والنفاس والإغماء والجنون والإكراه مثل أن يمسك ويوجر [١] الماء أو تمسك المرأة وتجامع كرهاً وما أشبه ذلك ، ولسنا نريد بقولنا : إنه يفطر الصائم أنه طرأ على صوم صحيح فيفسده ، وإنما نريد لا يصح الصوم معها بأن تقارن ابتداؤه تارة فتمنع انعقاده وتطرأ عليه بعد انعقاده فتمنع [٢] استدامته ، فكل هذا لا كفارة فيه إلا في المجامعة مكرهة ، فإن الكفارة على مكرهها دونها [٣] .

والذي هو من فعله نوعان : نوع يعذر به ، ونوع لا يعذر به لا كفارة فيه [٤] أصلاً ، وذلك كالأكل والجِماع سهواً أو لسفر أو لمرض أو لإكراه أو ضرورة عطش ،[٥] أو لجوع يخاف معه [٦] التلف أو حدوث مرض أو خطأ الوقت أو بضرب من التأويل يعذر فيه بجهل كمسافر مقداراً لا تقصر الصلاة في مثله أو قادم قبل طلوع الفجر ظاناً أن من لم يقدم من أول الليل فلا صوم له أو ما أشبه ذلك سوى متعجل الفطر من أجل عذر يتوقعه من مرض أو حيض أو سفر فعليه الكفارة ، وخالف عبد الملك في المفطر عازماً على السفر فقال : إن مضى لسفره فلا كفارة عليه وإن قعد فعليه الكفارة [٧] .

---

(١) يوجر : أي يصب في حلقه (المصباح المنير ص ٦٤٨) .

(٢) في (م) : يمنع .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ١٧٥ ، ١٨٦ ، التفريع : ١/ ٣٠٤ - ٣٠٨ ، الرسالة ص ١٦٠ - ١٦٢ .

(٤) في (ر) : لا كفارة له .

(٥) في (م) : السفر أو المرض أو الإكراه أو لضرورة عطش .

(٦) في (م) : منه .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٣٠٤ ، الكافي ص ١٢٢ .

ومن الأعذار الذي لا كفارة معها : الفطر لخوف على حمل أو ولد أو لإفناء وهرم ، والذي نريده [١] بالكفارة في هذا الموضع هو الكفارة العظمى ، فهؤلاء لا كفارة عليهم ، وإنما قلنا ذلك لأن الكفارة متعلقة بالهتك وانتفاء العذر ، وذلك يتضمن كونه من فعلتهم ومنعهم من إيقاعه ، فكل هذا معلوم في النوعين معاً .

فصل [٩ - الفعل الذي لا يعذر معه الصائم في فطره] :

والنوع الذي لا يعذر معه ينقسم قسمين : منه ما يقصد به هتك حرمة الصوم ، ومنه ما يقصد به هتك شيء يجر إلى هتك حرمة الصوم ، وهذا كالردة التي ليس الصوم مقصود بها ، وإنما يقصد هتك حرمة الإسلام فيجر إلى الصوم فلا كفارة فيه .

والقسم الآخر ما يقصد به هتك حرمة الصوم نفسه بالإفساد ، فهذا النوع تلزم[٢] به الكفارة من غير اعتبار بما به يقع الفطر من جماع أو أكل أو شرب أو ترك نية عمداً أو تعمد إنزال عن فعل منهي عنه من استمناء أو وطء دون الفرج أو قبلة أو لمس لشهوة أو استدامة نظر أو غير ذلك إذا قارن جميع ما ذكرناه الإنزال ، وإن شئت فصلت بين هذا القسم وبين الردة : بأن كل فعل يفسد الصوم ويُوجب القضاء تتعلق به الكفارة وكل ما لا يوجب القضاء لا تتعلق به الكفارة وهو الردة[٣] .

فصل [١٠ - الدليل على أن المجامع عامداً عليه الكفارة] :

وإنما قلنا إن المجامع عمداً في الفرج عليه الكفارة للحديث المروي في ذلك[٤]، وإنما قلنا : إنه لا اعتبار بما به يقع الفطر إذا وجد الهتك خلافاً للشافعي

---

(١) في (ق) : يزيله .

(٢) في (م) : يلزم .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ١٧٥ - ١٧٨ ، التفريع : ١/ ٣٠٥ ، الرسالة ص ١٦١ ، الكافي ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٤) سبق ذكر الحديث في الصفحة (٤٦٨) .

في قصره ذلك على الجماع في الفرج [1] لما روي : أن رجلاً أفطر رمضان ، فأمره صلى الله عليه وسلم أن يكفر ولم يستفصل [2] ، واعتباراً بالجِماع بعلة وجوب الهتك بما يوجب القضاء .

فصل [١١ - الكفارة على المرتد] :

وإنما قلنا : لا كفارة على المرتد ، لأن الكفارة متضمنة بالقضاء ، فإذا لم يجب القضاء لم تجب الكفارة ، ولأنه لا يخلو أن يقيم على ردته أو يعود إلى الإسلام : فإن أقام على الردة فالكافر لا يخاطب بفروع الشريعة [3] مع الإقامة على كفره ، وإن عاد إلى الإسلام سقط عنه كل ما كان قبل توبته اعتباراً بالكافر الأصلي .

فصل [١٢ - أنواع الكفارة] :

والكفارة ثلاثة أنواع [4] : إعتاق [5] ، وصيام ، وإطعام .

والإعتاق [6] : هو تحرير رقبة مؤمنة ليس فيها عقد من عقود العتق ولا يكون مستحقاً بجهة أخرى .

والصيام : أن يصوم شهرين متتابعين .

---

(١) انظر : الأم : ٤/ ٩٨ - ١٠٠ ، مختصر المزني ص ٥٦ ، الإقناع ص ٧٥ .

(٢) ذكره مالك في الموطأ : ١/ ٢٩٦ ، وأخرجه البخاري في الصوم ، باب : إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء (٢/ ٢٣٥) ، ومسلم في الصيام ، باب : تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم (٢/ ٧٨٠) .

(٣) وخالف في ذلك الشافعية وقالوا : إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة ، وهي رواية عن الإمام أحمد ، وأن المرتد يجب عليه قضاء ما فاته أثناء ردته إذا عاد إلى الإسلام (المستصفى : ١/ ٩٠ ، روضة الناظر : ١/ ١٤٥) .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٣٩١ - ٣٩٢ ، التفريع : ١/ ٣٠٦ - ٣٠٧ ، الرسالة ص ١٦١ ، الكافي ص ١٢٤ .

(٥) في (م) : عتاق .

(٦) في (م) : فالعتاق .

والإطعام لستين مسكيناً مداً بمد النبي ﷺ ، والأصل في هذه الجملة حديث الأعرابي الذي قال : وقعت على أهلي في رمضان « فأمره رسول الله [1] ﷺ أن يكفر بعتق رقبة أو بصيام شهرين متتابعين أو بإطعام [2] ستين مسكيناً » [3] ، ولا خلاف أنها هذه الأنواع [4] .

فصل [١٣ - كفارة الفطر على التخيير] :

وهي على التخيير [5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [6] لما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر السائل أن يكفر بعتق رقبة أو بصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً [7] ، وأو موضوعها التخيير ، ولأنها كفارة وجبت من [8] غير عمد ولا إتلاف ، فكانت على التخيير أصله كفارة اليمين .

فصل [١٤ - الإطعام مختار في كفارة الفطر] :

والاختيار عند مالك رحمه الله [9] الإطعام [10] لأنه أعم نفعاً ، لأن العتق يخص المعين والصيام لا منفعة فيه لغير الصائم والإطعام يسقط الفرض ويعم نفعه جماعة المساكين .

فصل [١٥ - المريض يفطر] :

وإنما قلنا : إن للمريض أن يفطر لقوله تعالى : ﴿ ومن كان مريضاً أو على

---

(١) رسول الله : سقطت من (ق) .
(٢) في (م) : إطعام .
(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٦٨) .
(٤) انظر : المغني : ٣/١٢٧ ، ١٢٩ ، شرح مسلم - للنووي : ٥/٩٣ .
(٥) انظر : المدونة : ١/١٩٢ ، التفريع : ١/٣٠٧ ، الرسالة ص ١٦١ .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٤ ، الأم : ٢/٩٨ .
(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٦٨) .
(٨) في (م) : عن .
(٩) رحمه الله سقطت من (ق) .
(١٠) انظر : التفريع : ١/٣٠٧ .

سفر فعدة من أيام أخر ﴾ [1] ، ولأنه لما جاز الفطر لمشقة السفر التي قد تكون، وقد لا تكون فلأن يجوز له ذلك في المرض أولى ، ولا خلاف في ذلك [2] ، وكذلك إذا خاف حدوث المرضى جاز له الفطر ، كما يجوز له التيمم متى خاف المرض باستعمال الماء .

فصل [١٦ - الحامل تفطر] :

وإنما قلنا : إن الحامل إذا خافت على حملها أفطرت ولا إطعام عليها [3] خلافاً للشافعي [4] ، وعبد الملك ، لأنها مفطرة بعذر كالمريض ، ولأن عذرها أبلغ من عذر مخطيء الوقت ، فإذا لم يجب عليه إطعام ، فالحامل أولى ، ولأن خوفها على ولدها وربما تعدى إليها ، فكان كخوفها على نفسها .

فصل [١٧ - الفطر للمرضع] :

وفي المرضع روايتان [5] : فوجه الوجوب أنها مفطرة من أجل غيرها لا من أجل نفسها ، فضعف عذرها عن الحامل ، ووجه نفي الوجوب فلأنها مسوغ لها الفطر كالمريض .

فصل [١٨ - الشيخ الهرم يفطر ولا يطعم] :

وإنا قلنا : إن الشيخ الهرم لا يلزمه الصوم لأنه يضعف عنه ويؤدي إلى تلفه ، وذلك مسقط للتكليف عنه ، وإنما قلنا : لا إطعام عليه [6] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [7] ، لأنه مسوغ له الفطر كالمريض .

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٨٤ .

(٢) انظر : المغني : ٣/ ١٣٤ ، المجموع : ٢/ ٣٦٨ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٨٦ ، التفريع : ١/ ٣١٠ .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ٥٧ ، الإقناع ص ٧٨ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٨٦ ، التفريع : ١/ ٣١٠ ، الرسالة ص ١٦٠ .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٨٦ ، التفريع : ١/ ٣١٠ ، الرسالة ص ١٦٠ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٤ ، مختصر المزني ص ٥٩ .

فصل [١٩ - المرأة تطاوع زوجها بالجِماع في رمضان] :

وإذا طاوعت المرأة بالجماع فعليها الكفارة [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لأن كل فطر على وجه الهتك ، فإنه يوجب الكفارة كفطر الرجل ، ولأنها شخص مفطر على وجه الهتك كالرجل .

فصل [٢٠ - عدم تحمل الرجل كفارة زوجته] :

ولا يتحملها عنها الرجل [٣] ، خلافاً للشافعي [٤] في بعض أقاويله لأن الفطر بالهتك يلزم الكفارة به للمفطر من غير تحمل عنه أصله الرجل .

فصل [٢١ - فيمن أفطر يومين] :

وإذا أفطر يومين فعليه كفارتان سواء كفَّر عن اليوم الأول أم لا [٥] ، خلافاً لأبي حنيفة [٦] ، لأنه هتك لحرمة الصوم بالفطر فيه كاليوم الأول ، ولأن تأخير الكفارة عن اليوم الأول لا يوجب سقوطها في اليوم الثاني أصله في السنتين ، ولأنه حكم لزم بالفطر فأشبه القضاء .

فصل [٢٢ - الواطيء سهواً في رمضان] :

ولا كفارة على الواطيء سهواً [٧] خلافاً لأحمد بن حنبل [٨] ، لقوله صلى

---

(١) انظر : المدونة : ١/١٩١ ، التفريع : ١/٣٠٦ .

(٢) انظر : الأم : ٢/١٠٠ .

(٣) انظر : المدونة : ١/١٩١ ، التفريع : ١/٣٠٦ .

(٤) انظر : الأم : ٢/١٠٠ .

(٥) انظر : التفريع : ١/٣٠٧ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٤ .

(٧) انظر : المدونة : ١/١٨٦ ، التفريع : ١/٣٠٥ ، وهناك رواية عند أصحاب مالك أن عليه القضاء والكفارة .

(٨) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١٩١ - ١٩٢ ، مختصر الخرقي ص ٥٠ .

الله عليه وسلم [١] : « رفع عن أُمتي الخطأ والنسيان » [٢] ، ولأنه خرم الإمساك سهواً كالأكل ، ولأن الكفارة تتعلق بالهتك دون العذر كالمريض . .

فصـل [٢٣ - من أصبح جنباً فصام] :

ومن أصبح جنباً فصام أجزأه [٣] ، خلافاً لبعضهم [٤] ، فلأنه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك [٥] ، ولأنه حدث فبقى تطهيره لا يمنع الصوم كالحدث الأصغر .

فصـل [٢٤ - الحائض تطهر ليلاً وتؤخر الغُسل حتى طلوع الفجر] :

وإذا طهرت الحائض ليلاً فأخرت الغُسل حتى طلع الفجر صامت إن كانت نوت وأجزاها سواء فرطت بالتأخير أو لم تفرط [٦] ، خلافاً لعبد الملك ومحمد ابن مسلمة [٧] ، لأنها محدثة زال حدثها قبل الفجر ولم يبق عليها سوّى التطهير كالجنب ، ولأن وجوب الغسل لا ينافي صحة الصوم كالغسل من الجنابة .

فصـل [٢٥ - فيمن أفطر في غير رمضان] :

لا تلزم العظمى [٨] في إفطار ما عدى رمضان [٩] خلافاً لما يحكى عن

---

(١) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٢) سبق تخريج الحديث .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ١٨٤ ، التفريع : ١/ ٣٠٩ ، الرسالة ص ١٦١ .

(٤) يحكى عن أبي هريرة والحسن بن صالح منعه (أخرجه البخاري : ٢/ ٢٣١ ، وصحيح مسلم : ٢/ ٧٨٠ ، البيهقي : ٤/ ٢١٤) .

(٥) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : الصائم يصبح جنباً : ٢/ ٢٣٢ ، ومسلم في الصيام ، باب : صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب : ٢/ ٧٧٩ ، ٧٨٠ .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٨٤ ، الرسالة ص ١٦١ .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٣٠٩ .

(٨) أي لا تلزم الكفارة العظمى ، هي الإعتاق أو صوم شهرين أو إطعام ستين مسكيناً.

(٩) انظر : الرسالة ص ١٦١ .

قتادة[1] أن في قضائه الكفارة [2] لأن الكفارة واجبة لهتك حرمة الزمان واعتباراً بالنفل والنذر .

فصل [٢٦ - زمن قضاء رمضان] :

قضاء رمضان موسع إلى دخول رمضان من السنة الآتية ، فإن دخل ولم يقضه نظر : فإن كان بعذر فلا إطعام عليه ولا شيء سوى القضاء ، وإن كان لغير عذر لزمه مع القضاء بعدد الأيام أمداد عن كل يوم مد [3] خلافاً لأبي حنيفة لقوله : لا إطعام عليه [4] ، لقول عائشة أم المؤمنين [5] رضي الله عنها : « إن كان ليكون عليَّ صوم من رمضان فلا أستطيع أن أقضيه حتى يدخل شعبان » [6] ، فأبانت بذلك أن وقت القضاء ما بين الرمضانين ، فإذا أخره عن هذا الوقت فقد أخره عن وقته المجعول له ، فأشبه إذا أخر صوم رمضان عن وقته [7] .

فصل [٢٧ - جواز الفطر للمسافر] :

ومن سافر سفراً مباحاً تقصر الصلاة في مثله فهو بالخيار إن شاء صام رمضان وإن شاء أفطر [8] لقوله تعالى : ﴿ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من

---

(١) قتادة : قتادة بن دعامة السدوسي البصري ، تابعي إمام ، ثقة حُجَّة ، من أحفظ أهل زمانه للحديث وأعلمهم بالقرآن والفقه واللغة والأنساب ، وهو رأس الطبقة الرابعة ، توفى سنة ست أو سبع أو ثمان عشرة ومائة (انظر طبقات ابن سعد : ٧/٢٢٩ ، تقريب التهذيب ص ٤٥٣) .

(٢) انظر : المغني : ٣/١٢٥ .

(٣) انظر : الموطأ : ١/٣٠٣ - ٣٠٨ ، التفريع : ١/٣١٠ - ٣١١ ، الرسالة ص ١٦١ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/١٧٠ .

(٥) أم المؤمنين : سقطت من (ق) .

(٦) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : متى يقضي قضاء رمضان : ٢/٢٣٩ ، ومسلم في الصيام ، باب : قضاء رمضان في شعبان : ٢/٨٠٢ .

(٧) عن وقته : سقطت من (ق) .

(٨) انظر : المدونة : ١/١٨٠ ، التفريع : ١/٣٠٤ ، الرسالة ص ١٦١ .

أيام أخر ﴾ (١) ، معناه فأفطر ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة » (٢) ، وقوله لحمزة بن عمرو الأسلمي (٣) ، وكان كثير الصيام « إن شئت فصم وإن شئت فأفطر » (٤) ، وقال أنس : « نسافر مع رسول الله في رمضان فمنا من صام ومنا من أفطر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم » (٥) .

فصـل [٢٨ - صحة صوم المسافر] :

وإنما قلنا : إن صومه يصح خلافاً لبعض من لا يعتد بخلافه (٦) للأخبار التي رويناها ، ولأن السفر حال يصح فيها صوم غير رمضان أصله الحضر ، ولأن رخصة الفطر كرخصة القصر ولو أتم الصلاة لأجزاه فكذلك إذا صام .

فصـل [٢٩ - قضاء ما أفطره المسافر] :

وإنما قلنا : أن عليه القضاء لقوله تعالى : ﴿ فعدة من أيام أخر ﴾ (٧) ، ولأنه عذر أبيح معه الإفطار كالمرض ، وإنما قلنا : إنه مقصور على مدة للاتفاق على

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٨٤ .

(٢) سبق تخريج الحديث في قصر الصلاة ص ٢٦٧ .

(٣) **حمزة بن عمرو الأسلمي** : أبو صالح أو أبو محمد المدني ، صحابي جليل ، مات سنة إحدى وستين وله إحدى وسبعون ، وقيل : ثمانون (انظر تقريب التهذيب ص ١٨٠).

(٤) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : الصوم في السفر والإفطار : ٢/ ٢٣٧ ، ومسلم في الصيام ، باب : التخيير في الصوم والفطر في السفر : ٢/ ٧٨٩ .

(٥) أخرجه البخاري في الصوم ، باب : لم يعب أصحاب النبي ﷺ بعضهم بعضاً في الصوم والإفطار : ٢/ ٢٣٨ ، ومسلم في الصيام ، باب : جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية : ٢/ ٧٨٧ .

(٦) أهل الظاهر يقولون بأن فرضه أيام أُخَرَ ولا يجزيه صومه (المحلي : ٢/ ٦٤ ، بداية المجتهد : ٥/ ١٦٤) .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ١٨٤ .

تساويهما في ذلك ، ولأنه أحد الأركان الخمسة ، للسفر تأثير في تخفيضه ، فوجب أن يكون مسافته ثمانية وأربعون ميلاً كالصلاة .

فصــل [٣٠ - الصوم أفضل من الفطر في السفر] :

إذا ثبت أنه مخير فالصوم أفضل [١] خلافاً للشافعي [٢] ، والفرق بينه وبين القصر أنه إذا قصر ، فقد أدى العبادة وبرئت ذمته منها ، وإذا أفطر فهي متعلقة بذمته وأداء العبادة أفضل من تأخيرها .

فصــل [٣١ - إذا أقام المسافر في أضعاف سفره] :

إذا أقام [٣] المسافر في أضعاف سفره بموضع عازماً على الإقامة أربعة أيام لزمه الصوم خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يلزمه ذلك إلا إذا نوى إقامة خمسة عشر يوماً ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « يمكث المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً»[٤] ، فجعل إقامة الثلاث [٥] في حكم السفر ، فكان الاعتبار بزيادة عليها وأقل ذلك ما يتعلق به حكم الصيام ، وهو يوم وهو أقل ما يستغرقه من الزمان .

فصــل [٣٢ - إذا بدأ الإقامة في بعض يوم] :

وإن دخل في بعض يوم ، قال ابن القاسم : ألغاه ، وحسب من غده ، وقال غيره : يراعى إقامة عشرين صلاة من وقت عزمه على الإقامة [٦] ، فلابن القاسم أن العبادة المتعلقة بعدد أيام تحسب قبل طلوع الفجر ، ويلغى ما كان بعد طلوعه كالعدة بالشهور والأسبوع في العقيقة ، ولغيره أن الاعتبار

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ١٨٠ ، التفريع : ١/ ٣٠٤ ، الرسالة ص ١٦١ .

(٢) انظر : الإقناع ص ٧٧ .

(٣) في (ق) : قام .

(٤) أخرجه مسلم في الحج ، باب : جواز الإقامة بمكة للمهاجر . . : ٢/ ٩٨٦ .

(٥) في (م) : الثلاثة .

(٦) انظر : المدونة : ١/ ١٨١ ، التفريع : ١/ ٣٠٥ .

بالأربعة أيام جميعها [1] لعشرين صلاة وتلفيقها يوجد فيها هذا المعنى ، فكان بمنزلة كمالها .

فصـل [٣٣ - من أفطر في صيام التطوع] :

ومن تطوع بالصوم لزمه إتمامه إذا كان حاضراً ولم يجز له الخروج منه إلا لعذر، فإن أفطر لغير عذر لزمه القضاء [2] خلافاً للشافعي [3] لقوله تعالى : ﴿أوفوا بالعقود﴾ [4] ، ولأنها عبادة مقصودة لنفسها كالحج والعُمرة ، فأما القضاء فلما روي : أن عائشة وحفصة [5] رضي الله عنهما [6] أصبحتا صائمتين متطوعتين فأُهدي لهما طعام فأفطرتا عليه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « اقضيا يوما مكانه » [7] .

وإن أفطره من عذر لمرض أو عطش أو شدة جوع أو إكراه أو سهو أو خطأ وقت فلا قضاء عليه لأنه التزمه مع القدرة على إتمامه ، فإذا قطعه عليه قاطع بغير صنعه ولا اختياره فلا شيء عليه .

فصـل [٣٤ - من تطوع بالصوم في السفر أو الحضر ثم سافر فأفطر] :

إذا تطوع في السفر أو صام في الحضر ثم سافر في بقية يومه ، فأفطر ففيها

---

(١) في (م) : جميعها .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٨٣ ، التفريع : ١/٣٠٣ ، الرسالة ص ١٦٠ .

(٣) انظر : الأم : ٢/١٠٣ ، مختصر المزني ص ٥٩ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(٥) حفصة : حفصة بنت عمر بن الخطاب ، أم المؤمنين ، تزوجها رسول الله ﷺ بعد خنيس بن حذافة سنة ثلاث ، وماتت سنة خمس وأربعين (انظر : تقريب التهذيب ص ٧٤٥) .

(٦) رضي الله عنهما : سقطت من (ق) .

(٧) أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : من رأى عليه القضاء : ٢/٨٣٦ ، والترمذي في الصوم ، باب : إيجاب القضاء عليه : ٣/١١٢ ، وأخرجه مالك في الموطأ : ١/٣٠٦ مرسلاً ، واتفق الحفاظ على ضعفه موصولاً (انظر الهداية تخريج أحاديث بداية المجتهد : ٥/٢٣٩ - ٢٤٣) .

روايتان [١] : إحداهما وجوب القضاء عليه والأخرى سقوطه ، فوجه الأولى أنه أفطر مختاراً مع إمكان الإتمام كالحاضر ، ووجه الثانية أن كل معنى جاز معه الإفطار في رمضان سقط به القضاء في التطوع أصله المرض .

فصل [٣٥ - من نذر معيناً فمرض] :

إذا نذر يوماً معيناً فمرضه فلا قضاء عليه لأنه التزم صوماً عينه ، فإذا فات فلا قضاء عليه لأن صومه مع فواته غير ممكن ، وكذلك إذا حاضت فإن أفطر متعمداً فعليه قضاؤه ، ولأنه مستحق عليه ، فإذا تركه استحق البدل عليه اعتباراً برمضان والسفر ليس بعذر اعتباراً بقطع التتابع ، وقيل : في المرض يقضي والأول أصح[٢] .

فصل [٣٦ - إذا حاضت في صيام الشهرين أو أكل ناسياً] :

إذا حاضت في صيام الشهرين أو أكل ناسياً أو مخطئاً للوقت لم يقطع تتابعه لأنه أمر غالب كالحيض [٣] ، وإنما قلنا : إن الحيض لا يقطعه لأنه لا يكون لها سبيل إلى الخلاص منه ، وإن مرض فأفطر لم يقطع التتابع (خلافاً للشافعي [٤] لأنه عذر لا يمكنه دفعه كالحيض) [٥] ، وإن سافر فأفطره انقطع تتابعه [٦] لأنه يقدر معه على الصوم فلم يكن عذراً في قطع التتابع .

فصل [٣٧ - من أفطر في رمضان بعذر ثم زال عذره] :

ومن أفطر في رمضان بعذره ثم زال عذره في بقية يومه فذلك على ضربين[٧]:

---

(١) انظر : التفريع : ١/٣٠٤ ، الرسالة ص ١٦٠ ، الكافي ص ١٣٠ .
(٢) انظر : المدونة : ١/١٨٩ ، التفريع : ١/٣٠٦ ، الرسالة ص ١٦١ .
(٣) انظر : التفريع : ١/٣١٠ .
(٤) انظر : الأم : ١/١٠٣ .
(٥) ما بين قوسين سقط من (ق) .
(٦) في (م) : التتابع .
(٧) في (م) : وجهين .

إن كان عذره يبيح [1] الفطر مع العلم بأن اليوم من رمضان لم يلزمه إتمام الإمساك كالحائض والمريض والمسافر إذا زالت أعذارهم في بقية يومهم ، وإن كان عذراً يسوغ الفطر معه بشرط عدم العلم بأن الوقت مستحق صومه ، فإن زوال العذر موجب للإمساك [2] ، وذلك كخطأ العدة والوقت بالإفطار قبل الغروب أو بالسحر [3] بعد الطلوع مع الاجتهاد والظن لبقاء الليل وخروج النهار والأكل سهواً وما أشبه ذلك [4] .

فصل [٣٨ - في صيام الدهر] :

سرد الصوم [5] جائز إذا أفطر الأيام المنهى عن صيامها [6] لقوله تعالى [7] : ﴿ فمن تطوع خيراً فهو خير له ﴾ [8] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « يقول الله عَزَّ وجَلَّ : كل عمل ابن آدم له إلا الصوم ، فإنه لي وأنا أجزي به » [9] ، ولأن جماعة من الصحابة قد فعلوا ذلك [10] ، ولأنه من عبادات الأبدان المبتدأة فجاز سرده في أوقات جوازه كالصلاة والله أعلم .

(تم كتاب الصيام يتلوه كتاب الاعتكاف : بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد) [11] .

---

(١) يبيح : مطموسة في (ق) و (م) .

(٢) انظر : التفريع : ١/٣٠٥ ، الكافي ص ١٢٣ .

(٣) في (م) : بالتسحير .

(٤) في (م) : وما أشبهه .

(٥) سرد الصوم : هو ما يعرف بصيام الدهر .

(٦) انظر : الكافي ص ١٢٩ .

(٧) تعالى : سقطت من (ق) .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ١٨٤ .

(٩) أخرجه مسلم في الصيام ، باب : فضل الصيام : ٢/٨٠٦ .

(١٠) ممن فعلوا ذلك : عمر بن الخطاب وعبد الله ابنه ، وعائشة رضي الله عنهم (البيهقي : ٤/٣٠١) .

(١١) ما بين القوسين : سقط من (م) .



كتاب الاعتكاف[1]

الأصل في جوازه قوله تعالى : ﴿ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾[2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه وقال له : إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف : « أوف بنذرك »[3] ، ولأنه فعله هو[4] والسلف بعده والإجماع على ذلك[5] .

فصل [١ - تعريف الاعتكاف الشرعي] :

والاعتكاف الشرعي هو المقام في المسجد مع الصوم والنية ، وإنما قلنا : إنه المقام في المسجد لأن الاعتكاف هو الملازمة والعكوف والثبوت واللزوم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ التي أنتم لها عاكفون ﴾[6] أي ملازمون لعبادتها .

فصل [٢ - اشتراط المسجد في الاعتكاف] :

وإنما قلنا : إن من شرطه المسجد[7] لقوله تعالى : ﴿ وأنتم عاكفون في المساجد ﴾[8] ، فدل على أن المسجد من شرطه ، وإلا لم يكن لتخصيصه من

---

(١) الاعتكاف : سوف يأتي تعريفه من المصنف .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٣) أخرجه البخاري في الاعتكاف ، باب : إذا نذر في الجاهلية أن يعتكف ثم أسلم : ٢/ ٢٦٠ ، ومسلم في الإيمان ، باب : نذر الكافر وما يفعل به إذا أسلم : ٣/ ١٢٧٧ .

(٤) أخرجه البخاري في الاعتكاف ، باب : الاعتكاف في العشر الأواخر : ٢/ ٢٥٥ ، ومسلم في الاعتكاف ، باب : اعتكاف : العشر الأواخر .. : ٢/ ٨٣٠ .

(٥) انظر : الإجماع ص ٥٢ ، والمغني : ٣/ ١٨٣ .

(٦) سورة الأنبياء ، الآية : ٥٢ ..

(٧) انظر : المدونة : ١/ ١٩٦ ، التفريع : ١/ ٣١٢ ، الرسالة ص ١٦٣ ، الكافي ص ١٣١ .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

سائر الأماكن مع النهي عن المباشرة في جميعه معنى ، ولأنه صلى الله عليه وسلم اعتكف في المسجد ولم يعتكف في غيره [(١)] ، ولأنه إجماع [(٢)] .

فصــل [٣ - المرأة والرجل سواء في الاعتكاف] :

وإنما قلنا : إن المرأة والرجل فيه سواء [(٣)] خلافاً لأبي حنيفة [(٤)] في قوله : إن المرأة تعتكف في مسجد بيتها ، للظاهر وهو عام ، ولأنه شخص معتكف كالرجل ولأن كل شرط للاعتكاف لزم الرجل لزم في حق المرأة كالصوم .

فصــل [٤ - اشتراط النية في الاعتكاف] :

وإنما قلنا : إن النية من شرطه لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات » [(٥)] ، ولأنها عبادة متقرب بها والقربة لا بد لها من نية .

فصــل [٥ - عدم جواز خروج المعتكف من المسجد] :

ولا يجوز له الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو لأمر يضطره [(٦)] إلى الخروج من حاجته إلى شراء طعامه [(٧)] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وأنتم عاكفون في المساجد ﴾ [(٨)] ، وروي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا اعتكف لا يخرج إلا لحاجة الإنسان » [(٩)] ، ولأن الحاجة لا بد من الخروج لها ، فكانت بخلاف غيره ، وكذلك شراء الطعام .

---

(١) في حديث عائشة الذي أخرجه البخاري في الاعتكاف ، باب : لا يدخل البيت إلا لحاجة : ٢/٢٥٦ ، ومسلم في الحيض ، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها : ١/٢٤٤ .

(٢) انظر : المغني : ٣/١٨٧ ، فتح الباري : ٤/٢١٩ .

(٣) انظر : التفريع : ١/٣١٣ ، الكافي ص ١٣٢ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٨ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٩) .

(٦) في (ق) : يضره .

(٧) انظر : المدونة : ١/١٩٧ - ١٩٨ ، التفريع : ١/٣١٣ ، الرسالة ص ١٦٤ .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٩) سبق تخريج الحديث قريباً (٤٨٩) .

ولا يجوز له الخروج لعيادة مريض ولا لصلاة على جنازة ولا لتشاغل بشيء من أموره سوى ما ذكرناه ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يكن يفعل ذلك [1] ، ولأن المسجد من شرطه فلم يجز له مفارقته كالصيام .

فصل [٦ - عدم جواز اشتراط الخروج من الاعتكاف] :

ولا يجوز له أن يشترط في الاعتكاف جواز الخروج منه لضرورة إن نزلت به سوى ما ذكرناه [2] خلافاً للشافعي [3] ، لأنه شرط ما ينافي موجب الاعتكاف كما لو شرط ترك الصوم ، ولأنها عبادة اشترط فيها خلاف موجب عقدها المطلق ونقيضه ، فلم يصح كالصلاة والصيام .

فصل [٧ - في اشتراط الصيام في الاعتكاف] :

وإنما قلنا : إن الصيام من شرطه [4] ، خلافاً للشافعي [5] ، لقوله تعالى : ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم . . إلى قوله : ثم أتموا الصيام إلي الليل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ﴾ [6] ، فنهى عن المباشرة في الاعتكاف وقصر المخاطبة به على الصائمين ، فدل على كون الصيام شرطاً فيه ، « ولأنه صلى الله عليه وسلم اعتكف صائماً » [7] ، فكان ذلك بياناً له ، وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه : « أوف بنذرك وصم » [8] ، ولأنه

---

(١) كما جاء في أحاديث اعتكافه صلى الله عليه وسلم التي ذكرت والتي سوف يأتي ذكرها .

(٢) انظر : المدونة : ١/١٩٨ ، التفريع : ٣١٣ ، الرسالة ص ١٦٤ .

(٣) انظر : الأم : ٢/١٠٥ ، الإقناع ص ٨٢ .

(٤) انظر : المدونة : ١/١٩٥ ، التفريع : ١/٣١٣ ، الرسالة ص ١٦٣ .

(٥) انظر : الأم : ٢/١٠٧ ، الإقناع ص ٨١ .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٧) أخرجه البخاري في الاعتكاف ، باب : الاعتكاف في العشرة الأواخر : ٢/٢٥٥ ، ومسلم في الاعتكاف ، باب : اعتكاف العشر الأواخر من رمضان : ٢/ ٨٣٠ .

(٨) سبق تخريج الحديث بلفظ : « أوف بنذرك » ، أما بهذا اللفظ فقد أخرجه أبو داود في الصوم ، باب : المعتكف يعود المريض : ١/٥٧٦ ، وقد ضعفه البيهقي : ٤/٣١٦ .

لبث في مكان مخصوص ، فلم يكن قربة إلا بانضمام معنى آخر إليه وهو قربة في نفسه كالوقوف بعرفة .

فصـل [٨ - أقل ما يصح فيه الاعتكاف من الأيام] :

وأقل ما يصح الاعتكاف في يوم واحد [١] لأن الصيام لا يمكن في أقل منه ، وكل عبادة شرط فيها زمان فأقله ما يستغرقه وقته كالصلاة والاختيار أن لا ينقص من عشرة أيام لأنه صلى الله عليه وسلم لم ينقص منها [٢] .

فصـل [٩ - الصيام للاعتكاف] :

وليس من شرط الاعتكاف أن يصوم للاعتكاف إلا أن يجعله شرطاً [٣] لأنه صلى الله عليه وسلم اعتكف في رمضان ، وهو واجب لغير الاعتكاف ، ولأن من حقه ألا يكون إلا في الصوم سواء كان له أو لغيره كما أن الصلاة لا تكون إلا بطهارة من الحدث لها أو لغيرها .

فصـل [١٠ - الاعتكاف في المسجد] :

والاعتكاف جائز في مسجد [٤] لعموم قوله تعالى : ﴿ وأنتم عاكفون في المساجد ﴾ [٥] ، فإن كان أياماً تتخللها الجمعة لم يجز له الاعتكاف إلا في الجامع لا لأجل أن الاعتكاف لا يصح في غيره من المساجد ، لكن لأنه [٦] لا بد له من

---

(١) انظر : التفريع : ١/٣١٢ - ٣١٣ ، الرسالة ص ١٦٣ .

(٢) كما روي في حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم اعتكف عشراً من شوال الذي أخرجه البخاري في الاعتكاف ، باب : اعتكاف النساء : ٢/٢٥٥ .

(٣) يعني ليس من شرط الصيام في الاعتكاف أن يكون صوماً له ، ولكن من شرط الاعتكاف أن لا يصح إلا مع وجود الصيام (انظر المدونة : ١/١٩٦ ، التفريع : ١/٣١٣)

(٤) انظر : المدونة : ١/٢٠٣ ، التفريع : ١/٣١٣ ، الكافي ص ١٣١ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٦) لأنه سقطت من (م) .

الخروج إلى المسجد فيبطل اعتكافه أو يتركه [1] ، وذلك غير جائز لأنها أولى من الاعتكاف فلم يبق إلا ما قلناه .

فصـل [١١ - فيمن خرج من معتكفه إلى الجمعة] :

وإذا [2] خرج إلى الجمعة بطل اعتكافه عند مالك رحمه الله ، وقال عبد الملك: لا يبطل [3] ، فوجه قول مالك : إنه خرج من المسجد مختاراً فيما كان يمكنه ألا يخرج فأشبه [4] خروجه لعيادة مريض ، ووجه قول عبد الملك : إن الجمعة أمر يضطره إلى الخروج لا يجوز له الإقامة في المسجد معه كحاجة الإنسان.

فصـل [١٢ - متى يبدأ ويدخل في الاعتكاف] :

ويستحب لمن يريد الاعتكاف أن يدخل إلى معتكفه قبل غروب الشمس من أول ليلة من اعتكافه ليستوي في اليوم بليلته ، فإن دخل بعد غروب الشمس وقبل طلوع الفجر في وقت ينوي فيه الصوم [5] أجزاه لأن الليل كله وقت لنية الصيام، فأي [6] وقت نوى فيه أجزاه .

فصـل [١٣ - في انصراف المعتكف في آخر رمضان] :

ويستحب لمن اعتكاف آخر رمضان أن لا ينصرف إلى بيته حتى يشهد العيد مع المسلمين [7] لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل [8] ، ولأنه إذا رجع إلى أهله

---

(١) في (م) : تركها .

(٢) في (م) : فإن .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٣ ، التفريع : ١/ ٣١٣ ، الكافي ص ١٣١ .

(٤) في (م) : فأمكن .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٩٦ ، الرسالة ص ١٦٤ ، الكافي ص ١٣١ .

(٦) في (ق) : فإنه .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ١٩٦ ، ٢٠٥ ، الرسالة ص ١٦٤ ، الكافي ص ١٣١ .

(٨) قال الإمام مالك : بلغني عن بعض أهل الفضل الذين مضوا أنهم لا يرجعون حتى يشهدوا العيد مع الناس (انظر : الموطأ : ١/ ٣١٥ ، المدونة : ١/ ٢٠٥) .

لم يترفه بالعذر الذي يحصل عندهم إلى وقت خروجه لصلاة العيد ، فإن لم يفعل جاز إذا انصرف بعد غروب الشمس لزوال مدة الاعتكاف .

فصل [١٤ - المعتكف يعقد النكاح] :

وللمعتكف أن يعقد النكاح لنفسه ولغيره [١] ، والفرق بينه وبين الإحرام أن الطيب ممنوع في الإحرام وهو من دواعي الوطء [٢] ، فكان النكاح أولى بالمنع وليس كذلك الاعتكاف .

فصل [١٥ - خروج المعتكف من المسجد لمرضه] :

وإذا مرض المعتكف خرج من المسجد ، فإن عجز [٣] عن الصوم ، فله الفطر ويبطل اعتكافه [٤] ، لأن المرض عذر يبيح الفطر والخروج من المسجد لأن إقامته في المسجد تضربه لحاجته إلى العلاج وغيره مما لا يجوز في المسجد .

وكذلك الحائض تخرج من المسجد ويبطل اعتكافها [٥] ، فأما خروجها من المسجد فلأن الحيض يمنع الإقامة فيه ، وأما بطلان الاعتكاف فلأن من شرطه الصيام على ما بيناه والحيض ينافيه ، وإذا صح المريض وطهرت الحائض ، وقد بقي عليهما شيء من اعتكافهما يوم فما زاد عادا فتمماه وصاما فيه ووصلاه بما قبل المرض والحيض ، ولم يجز لهما تأخيره فإن أخراه ابتدءا الاعتكاف .

فصل [١٧ - الاعتكاف يقتضي التتابع في أيامه] :

الاعتكاف يقتضي بإطلاقه التتابع ، فمن نذر أن يعتكف عشرة أيام نذراً مطلقاً

---

(١) انظر : الموطأ : ١/٣١٨ ، التفريع : ١/٣١٤ ، الرسالة ص ١٦٤ ، الكافي ص ١٣٢ .

(٢) في (ق) و (ر) : النكاح .

(٣) في (م) : ضعف .

(٤) انظر : المدونة : ١/١٩٦ ، الرسالة ص ١٦٣ ، الكافي ص ١٣٢ .

(٥) انظر : المدونة : ١/١٩٦ ، التفريع : ١/٣١٣ ، الرسالة ص ١٦٣ - ١٦٤ .

لزمه أن يتابعهما [١] ، والأصل فيه أنها عبادة واجبة ، وهي على الفور ومنع التراخي إلا أن يقوم دليل ، ولأن الاعتكاف لما كان ليلاً ونهاراً ، وكان حكم ليله كحكم نهاره في الامتناع من الوطء والمباشرة وسائر الأفعال المنافية للاعتكاف كان حكم الأيام العدة حكم اليوم الواحد .

فصل [١٧ - قضاء الاعتكاف] :

ومن قطع اعتكافه مرض أو حيض لزمه قضاء ما ترك الاعتكاف فيه [٢] ، وإن كانت أياماً معينة بخلاف الصوم المعين اعتباراً بالحج والعُمرة ، ولأنها عبادة لها تعلق بالمسجد تحرم فيه المباشرة فصح قضاؤهما .

فصل [١٨ - ما يجوز فعله لمن خرج من المسجد] :

ومن أجزنا له الخروج من المسجد إما لمرض أو لحيض أو لحاجة الإنسان ، فهو في حكم من هو في المسجد فلا يجوز له [٣] أن يفعل ما كان ممنوعاً منه في الاعتكاف مما لا يتقضيه عذره ، فمتى فعل ذلك أفسد الاعتكاف واستأنفه ، وكذلك في اجتناب ما يجتنبه في النهار [٤] .

فصل [١٩ - ما لا يجوز فعله للمعتكف] :

ولا يجوز للمعتكف أن يطأ ولا يُقَبِّل ولا يباشر ليلاً ولا نهاراً ، فإن فعل ذلك بطل اعتكافه [٥] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ﴾ [٦] ، ولأنها عبادة من شرطها التتابع لم تجب بدلاً عن إتلاف نفس

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٠٢ ، التفريع : ١/٣١٣ ، الرسالة ص ١٦٣ - ١٦٤ .
(٢) انظر : المدونة : ١/٢٠٠ ، التفريع : ١/٣١٣ ، الكافي ص ١٣٢ .
(٣) له سقطت من (م) .
(٤) انظر : المدونة : ١/١٩٨ - ٢٠٢، التفريع : ١/٣١٤ ، الرسالة ص١٦٣ - ١٦٤.
(٥) انظر : المدونة : ١/١٩٧ ، التفريع : ١/٣١٤ ، الكافي ص ١٣٢ .
(٦) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

ولا هتك حرمة فأفسدها الجماع كالحج وصوم الظهار وما عدى الجماع من الاستمتاع معتبر به .

ويفسده أيضاً ركوب شيء من الكبائر كشرب الخمر والزنا واللواط والالتذاذ بما دونه ، لأن الاعتكاف هو نهاية الطاعة والمبالغة لذلك حتى أنه يكره فيه [1] التشاغل عن التعبد بتدريس العلم أو المشي لصلاة علي الجنازة إلى غير موضعه من المسجد لئلا يقطع ذلك العذر من الوقت بغير ما قصد له من العبادة وركوب الكبائر ينافي هذا ، وما ضاد العبادة أفسدها والله أعلم .

(تم كتاب الاعتكاف والحمد لله) [2]

* * *

(١) في (ق) : فيها .

(٢) ما بين قوسين سقط من (ق) .

كتاب المناسك [1]

بسم الله الرحمن الرحيم [2] : الحج [3] فرض على مستطيعه من أحرار المكلفين [4] لقوله تعالى : ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾[5] ، وقوله : ﴿ ومن كفر فإن الله غني عن العالمين ﴾ [6] ، قيل : معناه من لم ير الحج واجباً [7] ، وقوله : ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ [8] ، وقوله: ﴿ وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالاً ﴾ [9] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : «بني الإسلام على خمس : فذكر الحج » [10] ، وقوله للذي يسأله عن الإسلام: « وحج البيت » [11] ، وقوله : « حجوا قبل أن لا تحجوا » [12] ،

---

(1) في (م) : كتاب المناسك في الحج .

(2) بسم الله الرحمن الرحيم : سقطت من (م) .

(3) الحج : لغة القصد ، واصطلاحاً : عبادة يلزمها الوقوف بعرفة ليلة عاشر ذي الحِجَّة (غرر المقالة ص ١٧٣ ، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ٩٩) .

(4) انظر : التفريع : ٣١٥/١ ، الرسالة .

(5) ، (6) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

(7) انظر : تفسير الطبري : ١٩/٤ ، رواه عن الحسن .

(8) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(9) سورة الحج ، الآية : ٢٧ .

(10) سبق تخريج الحديث ص ٣٥٩ .

(11) سبق تخريج الحديث .

(12) أخرجه البيهقي : ٣٤١/٤ ، والحاكم ٤٤٨/١ ، وروي بلفظ : « من أراد الحج فليتعجل » أخرجه الإمام أحمد : ٢١٤/١ ، وابن ماجه : ٩٦٢/٢ ، وأبو داود : ٤٠٢/١.

وقوله : « إن الله فرض عليكم الحج » [١] ، ولإجماع الأُمة عليه من غير خلاف[٢] .

فصل [١ - وجوب الحج مرة في العُمر] :

ووجوبه مرة في العمر غير متكرر [٣] لقوله تعالى : ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾ [٤] ، وذلك يفيد أقل ما يتناوله الاسم ، وروي أنه صلى الله عليه سُئل عند نزول هذه الآية فقيل : الحج كل عام فقال : « الحج مرة ، ولو قلت : نعم لوجبت » [٥] .

فصل [٢ - شروط وجوب وأداء الحج] :

شروط وجوبه وأدائه ستة [٦] : وهي البلوغ والعقل والحرية والإسلام والاستطاعة وإمكان المسير [٧] ، فأما العقل والبلوغ ، فلقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة فذكر : الصبي حتى يبلغ ، والمغلوب حتى يفيق»[٨] ، ولأنه من عبادات الأبدان كالصلاة والصوم [٩] .

---

(١) أخرجه مسلم في الحج ، باب : فرض الحج مرة في العمر : ٢/ ٩٧٥ .

(٢) انظر : المجموع : ٧/ ٧ ، المغني : ٣/ ٢١٧ .

(٣) انظر : الرسالة ص ١٧٣ ، الرسالة ص ١٣٣ .

(٤) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

(٥) أخرجه مسلم في الحج ، باب : فرض الحج مرة في العمر : ٢/ ٩٧٥ .

(٦) في شروط وجوب الحج ، انظر : المدونة : ١/ ٢٩٥ ، التفريع : ١/ ٣١٥ ، الكافي ص ١٧٣ .

(٧) في (م) : السير .

(٨) سبق تخريج الحديث .

(٩) في (م) : كالصيام والصلاة .

فصـل [٣ - دليل شرط الحرية في الحج] :

وأما الحرية فلقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما عبد حج ثم أعتق [(١)] فعليه أن يحج » [(٢)] ، ولأن العبد منافعه مملوكة عليه فلا يستحق على السيد منها إلا قدر ما ورد به الشرع .

فصـل [٤ - دليل شرط الإسلام في الحج] :

وأما الإسلام فإن قلنا : إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة مع الإقامة على كفرهم بشرط أن يسلموا فيفعلوا كان الإسلام شرطاً في الأداء ، وإن قلنا : إن الوجوب لا يتوجه عليه إلا بعد إسلامهم [(٣)] كان شرطاً في الوجوب .

فصـل [٥ - في إمكان المسير] :

وأما إمكان المسير ، فمن أحكام الاستطاعة [(٤)] ، وهو مختلف باختلاف عادات [(٥)] الناس في الأوقات ، فإن كان في الطريق عدو قد تحقق طلبه للنفوس والغارات والقطع لا يكاد ينفع معه بذل مال إلا ما يشق ويعظم أو [(٦)] لا يؤمن غدره [(٧)] لتكرر ذلك منه ، فإن الحج يسقط معه لقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [(٨)] ، وقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾ [(٩)] ، ولأن

---

(١) في (م) : عتق .

(٢) أخرجه البيهقي : ٤/ ٣٢٥ ، والحاكم ، وابن خزيمة وقال : الصحيح أنه موقوف ورواه الثوري عن شعبة موقوفاً (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٠) .

(٣) في (م) : الإسلام .

(٤) الاستطاعة : سقطت من (ق) .

(٥) في (ر) : عادة .

(٦) في (م) : و .

(٧) في (م) : عذره .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ١٩٥ .

(٩) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

المحصور بعدو له أن يتحلل من الإحرام بالحج ، فكان بأن لا يلزمه قبل الدخول فيه أولى ، وهل ذلك مانع من الوجوب أو الأداء محتمل ، والأقوى أن يكون مانعاً من الأداء .

وأما إن علم من حال العدو أنه يطلب شيئاً من المال لا يجحف بالناس ولا يشق ولا يؤثر قدره ، وأنه إذا بذل له مكن الناس من الحج ولم يغدر بهم ، فإن الحج يلزم معه خلافاً لمن منع ذلك من أصحابنا [1] ، لأن ما يبذل له حينئذ يجري مجرى بعض النفقات والمؤن والضرائب التي لا يسقط معها فرض الحج ولا يؤثر في ذلك كونه جوراً وظلماً .

فصل [٦ - دليل شرط الاستطاعة في الحج] :

فأما الاستطاعة فإنها شرط في الوجوب لقوله تعالى : ﴿ من استطاع إليه سبيلاً ﴾ [2] ، وهي عندنا القدرة على الوصول إلى البيت ، وفعل المناسك بكل ما أمكن ذلك معه من قوة ومشي ومال ، ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس وقدرهم ، فمن كانت عادته المشي وسلوك الطريق بنفسه من غير حاجة إلى راحلة لزمه الحج إذا وجد الزاد ولم يقف وجوبه على وجود الراحلة ، فإن كانت عادته المسألة واستماحة الناس لزمه الحج ، وإن عدم الزاد في الحال جرى على عادته في التماسه ، وإن كان ممن لا يسأل ولا يقدر على الوصول إلى البيت إلا براحلة لم يلزمه الحج إلا بوجودها ، وكل هذا خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] في قولهم : إن الاستطاعة الزاد والراحلة بمجموعهما ، لأن الله تعالى قال :

---

(١) قال الحطاب في مواهبه : « والذي قاله القاضي في المعونة حسن فلا يسقط عن الموسر دينار من ماله وضرر ذلك يحتمل ، وممن قال بسقوط الحج بغير المجحف أبو عمران الفاسي ، ذكره في شرح الرسالة ، ونقله ابن فرحون والتادلي وغيرهما والله أعلم » (٤٩٥/١ - ٤٩٦) .

(٢) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

(٣) انظر : مختصر القدوري : ١٧٨/١ ، الأم : ١١٣/٢ .

﴿من استطاع إليه سبيلاً﴾ [1] فعم ، والمال والقدر بالبدن [2] تحصل بهما الاستطاعة ، يقال : فلان مستطيع بماله وبنفسه ، ولأنه قادر على الحج من غير خروج من عادة ، ولا بد له كالواجد للراحلة ، واعتباراً بأهل الحرم بعلة تمكنه من الوصول إلى البيت ، وفعل المناسك من غير مشقة فادحة ، والحديث بيان لمن كانت استطاعته الزاد والراحلة وهو غالب الناس ، وأن السائل سائل عن حال نفسه .

فصــل [٧ - المعضوب الذي لا يستمسك على الراحلة] :

والمعضوب الذي لا يستمسك على الراحلة غير مستطيع للحج ولا يلزمه أن يحج عنه غيره من ماله [3] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [4] ، لقوله تعالى : ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ [5] ، معناه أن يحجوا البيت ، فأخبر عن صفة التكليف وهو أن يفعله بنفسه فانتفى بذلك وجوبه على خلاف هذه الصفة ، ولأن كل عبادة على البدن لم تدخلها النية مع القدرة لم تدخلها مع العجز كالصلاة ، ولأن كل عبادة تعلق فرضها بالبدن مع القدرة لم تنتقل إلى غيره مع العجز كالصلاة والصوم .

فصــل [٨ - المرأة تجد الصحبة المأمونة وليس لها محرم] :

وإذا وجدت المرأة صحبة مأمونة لزمها الحج وليس المحرم من الاستطاعة [6] خلافاً لأبي حنيفة [6] ، لأنه سفر مفروض كالهجرة ، ولأن وجود من تأمنه وتسكن إليه من النساء يقوم مقام [8] المحرم .

---

(١) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .
(٢) والقدر بالبدن : سقطت من (م) .
(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣١٥ ، الكافي ص ١٣٣ ، المقدمات : ١/ ٣٨٠ - ٣٨١ .
(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٩ ، الأم : ٢/ ١١٣ .
(٥) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .
(٦) انظر : الموطأ : ١/ ٤٢٥ ، ٤٢٦ .
(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٩ .
(٨) في (ق) : مع .

فصـل [٩ - في حكم العُمرة] :

والعمرة [١] سنة مؤكدة وليست بفريضة [٢] خلافاً للشافعي [٣] ، لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن الحج أفريضة هو ؟ فقال : « نعم » ، قيل : والعمرة؟ قال : « لا ولأن تعتمر خير لك [٤] » [٥] ، وقوله : « الحج جهاد والعمرة تطوع » [٦] ، وقوله : « من مشى إلى مكتوبه فهي كحجة ، ومن مشى إلى تطوع فهي كعمرة تامة » [٧] ، ولأنه نسك ليس له وقت معين فلم يكن فرضاً أصله طواف القدوم ، ولأن فرائض الأبدان المتعلقة بمكان مخصوص يتعلق بزمان معين ، فلما لم يكن للعمرة زمن معين انتفى بذلك كونها فرضاً .

فصـل [١٠ - دليل سنية العمرة وأنها مرة في العمر] :

وإنما قلنا : إنها سنة لقوله صلى الله عليه وسلم : « والعمرة تطوع ولأن تعتمر خير لك » [٨] ، وقوله للأقرع [٩] ، وقد سأله : أعمرتنا هذه لعامنا أم للأبد ؟

---

(١) العمرة لغة : الزيادة ، واصطلاحاً : عبادة يلزمها طواف وسعي في إحرام جمع فيه بين حل وحرم (غرر المقالة ص ١٧٣ ، الرصاع ص ١٠٦) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٩ - ٣٠٠ ، والموطأ : ١/ ٣٤٧ ، التفريع : ١/ ٣٥٢ ، الرسالة ص ١٨٢ .

(٣) انظر : الأم : ١/ ١٣٢ ، مختصر المزني ص ٦٣ ، الإقناع ص ٨٤ .

(٤) لك : سقطت من (ق) .

(٥) أخرجه الترمذي في الحج ، باب : ما جاء في العمرة أواجبة أم لا ؟ (٣/ ٢٧٠) ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ، وقال الحافظ ابن حجر : رواه الترمذي من رواية الحجاج بن أرطأة عن محمد بن المنكدر والحجاج ضعيف (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٦) والحديث فيه السؤال عن العمرة فقط .

(٦) أخرجه ابن ماجه في المناسك ، باب : العمرة : ٢/ ٩٩٥ ، وفيه عمر بن قيس متكلم فيه ، وقال الحافظ ابن حجر : إسناده ضعيف (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٧ ، نصب الراية : ٣/ ١٥٠) .

(٧) أخرجه الطبراني مرفوعاً (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٧) .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٩) الأقرع بن حابس : بن عقال بن محمد بن سفيان بن مجاشع بن دارم بن مالك =

فقال : (للأبد)[1] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم اعتمر وأصحابه وأزواجه[2] وسنتها مرة في العمر للحديث الذي رويناه ، ولأن مشقتها كمشقة الحج فكانت في حكمه .

فصل [١١ - من مات ولم يحج] :

ومن مات قبل أن يحج لم يلزم الحج عنه من رأس ماله ولا من ثلثه إلا أن يوصي بذلك ، فيكون في ثلثه[3] ، وقال الشافعي : يلزم الحج عنه من رأس ماله وصى بذلك أم لم يوصي[4] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾[5] ، معناه أن يحجوا ، وذلك ممتنع بعد الموت ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « من مات ولم يحج فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً »[6] ، فلو لزم الحج عنه من ماله لم يغلظ هذا التغليظ ، ولأنها عبادة على البدن ، فلم يلزم أداؤها عنه في المال كالصلاة ، ولأنها عبادة تدخلها الكفارات[7] فلم تلزم بعد الموت أصله الصيام[8] .

= ابن حنظلة بن مالك بن زيد مناة بن تميم ، كان في وفد بني تميم الذين قدموا على رسول الله ﷺ (الطبقات الكبرى : ٧/ ٣٧) .

(١) حديث الأقرع ورد في الحج ، وقد أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : فرض الحج : ٢/ ٣٤٥ ، والنسائي في مناسك الحج ، باب : وجوب الحج : ٥/ ٨٣ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : فرض الحج : ٢/ ٩٦٣ ، وأصله في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٠) .

(٢) وهذا معلوم بتواتر الأخبار عنه صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه وأزواجه .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٣٦٠ ، التفريع : ١/ ٣١٧ ، الكافي ص ١٦٦ .

(٤) انظر : الأم : ٢/ ١١٥ ، الإقناع ص ٨٣ .

(٥) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

(٦) ذكره ابن الجوزي في الموضوعات ، وقال العقيلي والدارقطني : لا يصح فيه شيء (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٢) .

(٧) في (م) : الكفارة .

(٨) في (م) : كالصيام .

فصل [١٢ - كراهية الحج عن الغير قبل أن يحج عن نفسه] :

يكره أن يحج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه [١] ، لأن الفرض أولى من النيابة عن الغير ، كما يكره أن يتطوع بأداء الزكاة عن غيره قبل أن يخرج الزكاة عن نفسه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم للذي سمعه يحرم عن غيره : « حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة » [٢] .

فصل [١٣ - فإذا أحرم عن غيره قبل أن يحج عن نفسه] :

فإن أحرم عن غيره كان عن من أحرم عنه ، ثم يحج بعد ذلك عن نفسه [٣] خلافاً للشافعي في قوله : إنها تنقلب عنه فتكون له دون من أحرم عنه [٤] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك [٥] ؟ ، قالت : نعم [٦] ، ولم يشترط أن تكون قد حجت عن نفسها .

ولأن كل فعل صحت النيابة فيه بعد سقوطه عن النائب صحت مع بقائه عليه أصله قضاء [٧] الدين ، ولأنه قصد الحج عن غيره فصح ذلك أصله إذا صح عن

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٣٦٠ ، التفريع : ١/ ٣١٥ - ٣١٦ ، الكافي ص ١٣٣ .

(٢) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : الرجل يحج عن غيره : ٢/ ٤٠٣ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : الحج عن الميت : ٢/ ٩٦٩ ، وابن الجارود والطحاوي ، وصحَّحه ابن حبان والبيهقي ، وروي مرفوعاً وموقوفاً ، وقد علله بعضهم ، لكن في الجملة الحديث صحيح ، كما قال ابن حبان والبيهقي وعبد الحق وابن القطان وغيرهم (انظر نصب الراية : ٣/ ٥٤ ، والهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد : ٥/ ٢٧٥ - ٢٧٩) .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣١٦ ، الكافي ص ١٣٣ .

(٤) انظر : الأم : ٢/ ١٢٣ ، ١٢٧ ، ١٢٨ .

(٥) ذلك سقطت من (م) .

(٦) أخرجه البخاري في الحج ، باب : حج المرأة عن الرجل : ٢/ ٢١٨ ، ومسلم في الحج عن العاجز : ٢/ ٩٧٣ .

(٧) في (م) : إذا قضى .

نفسه ، ولأن بقاء الفرض عليه لا يمنعه أن يفعله ما ليس بفرض أصله إذا صام تطوعاً وعليه قضاء رمضان ، ولأنه من أهل الإحرام في الجملة ، فإذا قصد بالإحرام أن يكون عن غيره فلم [1] ينقلب عن نفسه أصله إذا كان قد حج ، ولأنه أحرم ينوي به عن شخص فوجب أن يكون عمن نواه أصله إذا نواه عن نفسه ، ولأن كل إحرام انعقد على صفة لم ينقلب إلى غيرها أصله إذا عقده عن نفسه على صفة لم ينقلب إلى غيرها .

فصل [١٤ - فيمن يتطوع بالحج قبل أداء الفرض] :

يكره أن يتطوع بالحج قبل أداء الفرض ، فإن فعل كان على ما نواه ولم ينقلب عن فرضه [2] خلافاً للشافعي [3] ، وإنما كرهناه لأن أداء الفرض أولى من التطوع كما لو تطوع بالصلاة قبل الفرض مع ضيق الوقت ، وإنما قلنا : إنها لا تنقلب فرضاً لأنها عبادة نوى بها التطوع فلم تنقلب فرضاً كالصلاة والصوم .

فصل [١٥ - الإجارة على الحج] :

تصح الإجارة على الحج [4] خلافاً لأبي حنيفة [5] لأنها عبادة تتعلق بالمال يصح النيابة به فيها فصح أخذ الأجرة كأداء الزكاة [6] وتفريقها ، ولأنه لما صحت النيابة فيها بغير أجر جازت بأجر كالكفارات والنذور قياساً على أخذ الأجرة [7] على القضاء وبناء المساجد والقناطر .

---

(١) في (م) : لم .

(٢) انظر : التفريع : ٣١٦/١ ، الكافي ص ١٦٦ .

(٣) انظر : الأم : ١٢٧/١ - ١٢٨ ، مختصر المزني ص ٦٥ .

(٤) انظر : المدونة : ٣٦٠/١ ، التفريع : ٣١٦/١ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٥٩ .

(٦) الزكاة : سقطت من (ق) و (م) ، وأكمل النقص من (ر) .

(٧) في (ق) : الإجارة .

فصــل [١٦ - في أن الحج على الفور] :

والحج على الفور [١] لا يجوز تأخيره للقادر عليه إلا من عذر [٢] ، وقال الشافعي : هو على التراخي [٣] ، فإن شاء فعله ، وإن شاء تركه طول عمره بشرط العزم على أدائه من غير وقت معين ولا إثم عليه إن مات ولم يفعله ، فينتقل الكلام إلى الأصل في الأوامر المطلقة هل هي على الفور أم [٤] التراخي [٥] ؟

ودليلنا أنها على الفور أن الأمر اقتضى إيقاع الفعل ، وكان الفعل لا بد له من زمان يقع فيه ولا ذكر له في اللفظ بتقديم ولا تأخير ، وكانت الأفعال تختلف أحكامها باختلاف أوقاتها ، فيكون الفعل في وقت طاعة وفي غيره معصية لم يثبت له وقت إلا بدليل .

وأجمعوا على أنه إذا وقع في الوقت الأول ، فقد أوقع في وقته فلم يثبت ما عداه وقتاً له إلا بدليل ، ولأن الأمر لما اقتضى الإيقاع ولم يكن للترك ذكر وجب فعله عقيب الأمر ، ولأن تأخيره لو جاز لم يخل أن يكون إلى غاية أو لا إلى غاية: فإن كان فذلك توقيت له ، وخلاف التراخي ، وإن كان لا إلى غاية لم يخل المكلف إذا مات قبل الفعل أن يكون آثماً أو غير آثم .

وفي القول بأنه آثم وجوب الجمع بين جواز الترك والمعصية به ، وأن يحظر الله تعالى ترك الفعل في وقت لا بينه للمكلف وذلك غير صحيح .

وفي القول بأنه غير آثم إخراج الفعل عن الوجوب إلى الندب ، لأن الندب

---

(١) الفور : هو نبع وجرى ، وعند الفقهاء على الفور : على الوقت الحاضر الذي لا تأخير فيه (المصباح المنير ص ٤٨٢) .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٣١٥ ، الكافي ص ١٣٣ ، المقدمات : ١/ ٣٨١ .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ٦٢ ، الإقناع ص ٨٢ .

(٤) في (م) : أو .

(٥) هذه قاعدة أصولية مختلف فيه انظر : مختصر ابن الحاجب : ٢/ ٨٤ .

هو الذي يكون للمكلف تركه إلى غير غاية ثم لا يأثم إذا مات قبل أن يفعله [١] ولا يعصمهم [٢] من هذا إثبات العزم على الإيقاع في المستقبل لأن في ذلك إيجاباً لما لم يوجبه الأمر وإسقاط ما أوجبه من الفعل ، ولأن أهل اللغة يستحسنون ذم العبد إذا أمره سيده ، فتركه وتراخى فيه ولا يلومون السيد على ذمه وضربه ويعللونه بتراخيه وينسبونه إلى الونى [٣] ، والتقصير وذلك يدل على أنه عندهم على الفور ، ودليلنا على نفس المسألة قوله صلى الله عليه وسلم : «حجوا قبل أن لا تحجوا » [٤] ، وقوله : « من أمكنه أن يحج ثم مات ولم يحج فليمت إن شاء يهودياً وإن شاء نصرانياً » [٥] ، ولأن الاستطاعة موجودة فوجب أن يلزمه [٦] الأداء كما لو غلب على ظنه تعذر الإمكان بعد عامه .

* * *

---

(١) في (م) : فعاله .

(٢) في (م) : لا يفهم .

(٣) ونى : ضعف وفتر (المصباح المنير ص ٦٧٣) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٩٧) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٠٣) .

(٦) في (م) : يلزم .

باب : [مواقيت الحج]

وللحج ميقاتان [1] : ميقات زمان ، وميقات مكان ، فميقات الزمن أشهر [2] الحج ، وهي : شوال وذو القعدة وذو الحجة قيل : جميعه ، وقيل : بعضه [3] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الأهلة قل : هي مواقيت للناس والحج﴾ [4] ، ولأن المتمتع يلزمه الهدي لإتيانه بالعُمرة في أشهر الحج .

فصل [١ - الإحرام بالحج في أشهر الحج] :

إذا ثبت ذلك فالأفضل أن يحرم بالحج في أشهره لأن النبي ﷺ كذلك فعل ، ولأن فائدة التوقيت منع تجاوزها والتقدم عليها ، فإن أحرم به قبلها لزمه ولم ينقلب إحرامه إلى العُمرة [5] خلافاً للشافعي في قوله : أنه يصير محرماً بعمرة ولا يلزمه الحج [6] ، لقوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج ﴾ [7] ، وليس يخلو أن يكون أراد القسمة وأن نصف الأشهر للحج ونصفها لسائر المعاملات ، وذلك ليس بقول لأحد أو أن يكون أراد الاشتراك فذلك ما نقوله ، ولأن كل زمان صح فيه الإحرام بالعُمرة صح فيه الإحرام بالحج كأشهر الحج ، ولأنه نسك يشتمل على إحرام وطواف وسعي ،

---

(١) في مواقيت الحج انظر : المدونة : ١/٣٩٨ - ٣١٩ ، التفريع : ١/٣١٨ - ٣١٩ ، الرسالة ص ١٧٤ ، الكافي ص ١٤٧ .

(٢) في (م) : شهور .

(٣) انظر : التفريع : ١/ ٣٤٥ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٨٩ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٣٥٤ ، الكافي ص ١٣٤ .

(٦) انظر : مختصر المزني ص ٦٣ ، الإقناع ص ٨٥ .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ١٨٩ .

فجاز [1] الإحرام به في رجب أو شعبان كالعُمرة ، ولأن الإحرام ركن يشترط فيه الحج والعُمرة ، فجاز أن يفعل في غير أشهر الحج أصله طواف الإفاضة ولا يلزم عليه الوقوف لأنه مختص بالحج .

فصـل [٢ - الإحرام بالحج في غير أشهره ولا ينقلب عمرة] :

والدليل على أنه لا ينقلب عمرة قوله صلى الله عليه وسلم : « وإنما لأمريء ما نوى » [2] ، وهذا لم ينو العُمرة فلم تكن له ، ولأنه أحرم بالحج ، فلم ينقلب عمرة أصله إذا أحرم في أشهر الحج ، ولأنها عبادة تشتمل على طواف وسعي ، فإذا أحرم بها لم يصح انعقادها عن عبادة أخرى كالعُمرة .

فصـل [٣ - مواقيت المكان للحج] :

وأما مواقيت المكان فهي أربعة مواقيت منقسمة على جهات الحرم [3] : فيمقات أهل الشام ومصر والمغرب الجحفة [4] ، وميقات أهل المدينة ذو الحليفة[5] ، وأهل نجد من قرن [6] ، وأهل اليمن يلملم [7] ، وأهل العراق

---

(١) وفي الأصل : فلزم .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٩) .

(٣) انظر : الموطأ : ١/ ٣٣٠ ، التفريع : ٣١٨/١ - ٣١٩ ، الرسالة ص ١٧٤ ، والصحيح أن المواقيت المكانية خمس كما جاء في التلقين للقاضي عبد الوهاب (١/ ١٩٠) .

(٤) الجحفة - بضم الحاء المهملة وسكون الحاء المهملة - : وهي قرية بينها وبين مكة خمس مراحل (معجم البلدان : ١١١/٢) .

(٥) ذو الحليفة - بضم الحاء وفتح اللام والفاء : بينها وبين المدينة المنورة ستة أميال ، وهي تعرف الآن بآبار علي (معجم البلدان : ٢/ ٢٩٥) .

(٦) قرن المنازل - بفتح القاف وسكون الراء - : جبل صغير بينه وبين مكة من جهة المشرق مرحلتان (معجم البلدان : ٤/ ٣٣٢) .

(٧) يلملم : بفتح المثناة وهو جبل من جبال تهامة على مرحلتين من مكة (معجم البلدان: ٥/ ٤٤١) .

وخراسان والمشرق ذات عرق [1] ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : «يهل أهل المدينة من ذي الحليفة وأهل الشام من الجحفة وأهل نجد من قرن وأهل اليمن من يلملم » [2] ، وفي حديث جابر : أنه صلى الله عليه وسلم قال : «وأهل العراق من ذات عرق » [3] ، وقيل : إنه من توقيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه [4] .

فصـل [٤ - فيمن يمر على هذه المواقيت لمن يريد الإحرام أو دخول مكة] :

ومن مر على هذه المواقيت يريد الإحرام أو دخول مكة لزمه الإحرام منها كان من أهلها أو من غير أهلها [5] ، لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس : « هن لهم ولكل آت آتي عليهن من غيرهم ممن أراد الحج أو العمرة»[6] ولأنه ميقات للحج ، فإذا مر به مريد الإحرام جاز أن يلزمه ويمنع من تأخيره عنه أصله إذا كان من أهله .

فصـل [٥ - تأخير الإحرام عن هذه المواقيت] :

وإذا ثبت هذا فلا يجوز لأحد مر على ميقات من هذه المواقيت يريد الإحرام تأخيره عنه إلا أهل الشام ومصر إذا مروا بذي الحليفة ، فإن لهم أن يؤخروا الإحرام لأنهم يمرون على ميقاتهم وهو الجحفة ، وليس ذلك لغيره ممن يمر بذي

---

(١) ذات عرق - بكسر العين المهملة - : قرية خربت على مرحلتين من مكة (معجم البلدان : ٤/١٠٧) .

(٢) أخرجه البخاري في الحج ، باب : مهل أهل مكة للحج والعمرة : ٢/١٣٢ ، ومسلم في الحج ، باب : مواقيت الحج والعُمرة : ٢/٨٣٨ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في المناسك ، باب : مواقيت أهل الآفاق : ٢/٩٧٣ ، وفيه إبراهيم بن يزيد الخوزي ولا يحتج بحديثه (نصب الراية : ٣/١٢) .

(٤) أخرجه البخاري في الحج ، باب : ذات عرق لأهل العراق : ٣/٣٨٩ .

(٥) انظر : المدونة : ١/٣٠٣ ، التفريع ص ٣١٨ - ٣١٩ ، الرسالة ص ١٧٤ ، الكافي ص ١٤٨ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

الحليفة [١] لأنها لا يتعداها إلى ميقات أهل بلده فلزمه الإحرام من موضعه ، فأما إذا [٢] مر به لحاجة لا يريد الإحرام ثم تجددت له نية الإحرام ، فإنه يحرم من موضعه ولا يرجع إلى الميقات لأن وجوب الإحرام من المواقيت هو على المارين[٣] بها لا المتأخرين دونها [٤] .

فصل [٦ - أحوال المرور بالميقات] :

فإذا ثبت هذا فلا يخلوا المار بالميقات من ثلاثة أحوال : إما أن يكون مريد الحج أو العمرة ، أو أن يكون يريد دخول مكة لحاجة لا لحج ولا لعمرة ، ~~أو أن يكون يريد دخول مكة لحاجة لا لحج ولا لعمرة~~ أو أن يكون له حاجة فيها دون مكة ، فإن كان يريد الحج والعُمرة ، فلا يجوز له أن يجاوزه إلا محرماً لأنه صلى الله عليه وسلم وقَّت المواقيت لمريد الإحرام فيجب الإحرام منها [٥] ، وقوله : « هن لهم ولكل آت آتي عليهن من غير أهلهن » [٦] ، ولأنه لو جاز له تعديتها إلى ما بعدها ~~إلى ما بعدها~~ لم ينفع التوقيت بها شيئاً وكانت كغيرها[٧] من البقاع .

فصل [٧ - من جاوز الميقات حلالاً] :

فإن ثبت ، فإن تعدّاها غير محرم نظر : فإن كان لم يحرم عاد فأحرم ولا شيء عليه، لأنه لم يخل بنسك من مناسك الحج ولا أدخل نقصاً على إحرامه فإن أحرم مضى على وجهه ولم يرجع إلى الميقات وعليه دم رجع أو لم يرجع[٨] .

---

(١) انظر : التفريع : ٣١٩/١ ، الرسالة ص ١٧٤ ، الكافي ص ١٤٨ .

(٢) في (م) : فإذا .

(٣) في (م) : المار .

(٤) في (ـ م) : أو المتأخر دونها .

(٥) انظر : المدونة : ٣٠٣/١ ، التفريع : ٣١٩/١ ، الكافي ص ١٤٨ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً ص (٥١٠) .

(٧) في (ق) : غيرها .

(٨) انظر المدونة : ٣٠٣/١ ، التفريع : ٣١٩/١ ، الكافي ص ١٤٨ .

فصـل [٨ - فيمن جاوز الميقات حلالاً ثم أحرم] :

وإنما قلنا : إنه لا يرجع لأن رجوعه لا يفيد شيئاً لأن النقص قد دخل على إحرامه لإيقاعه [١] إياه بعد الميقات ورجوعه لا يزيل ذلك النقص .

فصـل [٩ - في الدليل على من جاوز الميقات حلال وأحرم بعده أن عليه الدم] :

وإنما قلنا : إن عليه الدم لنقصه نسكاً من المناسك ، لأن عليه أن يحرم من الميقات ، فإذا ترك الإحرام منه إلى ما بعده ، فقد أدخل النقص فوجب جبره بدم .

فصـل [١٠ - في أن رجوعه بعد إحرامه لا يسقط الدم] :

وإنما قلنا : إن رجوعه بعد إحرامه لا يسقط الدم عنه خلافاً للشافعي [٢] ، لأن الدم إنما وجب للنقص وليس النقص تجاوزه الميقات على انفراده ، وإنما هو إحرامه بعده ، وهذا لا يقدر على إزالته لأنه لا يتمكن من حله بعد عقده فلم يسقط الدم عنه ، ولأنه معنى لا يزيل النقص الواقع في إحرامه ، فلم يسقط الدم عنه أصله إذا أتى ببعض أفعال الحج من الطواف والسعي ، ثم عاد إلى الميقات ، فإن الدم لا يسقط عنه بالاتفاق ، ولأنه ترك الإحرام من الميقات إلى ما بعد الميقات مريداً له فأشبه أن يتمادى ولا يرجع ، ولأن كل [٣] فعل من أفعال الحج لزم في موضع يؤثر الدم في تركه ، فإن العود إليه بعد فوته لا يسقط الدم عنه كالمبيت بالمزدلفة .

فصـل [١١ - فيمن مر بالميقات يريد دخول مكة] :

وأما إن مر بالميقات يريد دخول مكة فلا يخلو من أمرين [٤] : إما أن يكون

---

(١) في (م) و(ر) : بإيقاعه .

(٢) انظر : الأم : ١٣٨/٢ .

(٣) كل سقطت من (ق) .

(٤) انظر : المدونة : ٣٠٣/١ ، التفريع : ٣١٩/١ ، الكافي ص ١٤٨ .

ممن يكثر تردداه إلى مكة في ذهابه ومجيئه كأهلها والمقيمين بها الذين يخرجون للاحتطاب والمعايش ، فهذا له أن يتجاوزه غير محرم لأن في إلزامه الإحرام بالميقات مشقة وكلفة وقطعاً له عن معاشه ، فلم يلزمه ذلك ، أو أن يكون ممن يقل دخوله إليها كأهل الآفاق الذين إنما يقصدونها لحاجة أو تجارة أو ما أشبه ذلك، فهذا لا يجوز له تجاوز الميقات إلا محرماً (لأنه لا يجوز لأحد دخول إلا محرماً) [١] إلا من [٢] ذكرناه .

فصل [١٢ - فيمن جاوز الميقات حلالاً أمر بالعودة إليه] :

فإذا ثبت هذا [٣] ، فمتى تجاوزه غير محرم أمر بالعودة [٤] إليه فيحرم منه ولا دم عليه ، فإن تفادى وأحرم ، ففيها [٥] روايتان [٦] : إحداهما وجوب الدم عليه ، والأخرى سقوطه عنه ، فوجه الوجوب فلأنه جاوزه مخاطباً بالإحرام فيه فإذا أحرم بعده لزمه الدم أصله إذا كان يريد الحج والعمرة ، ووجه إسقاطه فلأنه جاوزه غير مريد لحج ولا لعمرة ، فأشبه إذا جاوزه لحاجة ، فأما إن جاوزه لحاجة دون مكة فقد ذكرنا حكمه .

فصل [١٣ - فيمن كان منزله بين الميقات وبين مكة] :

ومن كان منزله بين الميقات وبين مكة أحرم من منزله ، ولم يكن عليه الرجوع إلى الميقات ، فإن جاوز منزله فأحرم فعليه دم [٧] .

وإنما قلنا : أنه يحرم من منزله ، فلقوله صلى الله عليه وسلم : « هن لهم

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٢) في (ق) : ما .

(٣) هذا : سقطت من (ق) .

(٤) في (م) : بالعود .

(٥) في (م) : فيها .

(٦) انظر : المدونة : ٣٠٣/١ ، التفريع : ٣١٩/١ ، الكافي ص ١٤٨ .

(٧) انظر : التفريع : ٣١٩/١ ، الكافي ص ١٤٨ .

ولكل آت أتى عليهن من غيرهن ممن أراد الحج والعُمرة »[1] ، ومن كان دون ذلك ، فمن حيث أنشأ حتى أهل مكة من مكة ، ولأن الميقات وضع لمن بعد منزله عن الحرم ، فأما من كان بقرب[2] منه ، فمنزله ميقاته .

وإما قلنا : أنه ليس عليه أن يرجع لأن منزله ميقاته فلا معنى لرجوعه[3] إلى غير ميقاته .

وإنما قلنا : أنه إن جاوزه فعليه دم لأنه مجاوز لميقاته محرم بعده ، فقد أدخل النقص على إحرامه كأهل الآفاق إذا أحرموا بعد مجاوزة مواقيتهم .

فصـــل [١٤ - فيمن دخل إلى مكة لا يكون إلا محرماً] :

لا يجوز أن يدخل مكة إلا محرماً[4] لقوله صلى الله عليه وسلم : « اللَّهم إن إبراهيم حرم مكة فهي حرام إلى يوم القيامة »[5] ، وهي حرام من كل وجه إلا ما قام دليله ، وقوله : « أحلت لي ساعة من نهار ولم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي »[6] ، ولأنها محل لفعل الحج مع كونها حرماً ، فكان لها مزية على غيرها .

فصـــل [١٥ - فيمن دخل مكة غير محرم] :

وإن دخلها غير محرم أساء ولا شيء عليه ، لأن دخول محل الفرض لا يوجب الدخول في الفرض أصله[7] الدخول إلى مِنَى وعرفة والمسجد الجامع يوم الجمعة .

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٠) .
(٢) في (م) : بالقرب .
(٣) في (م) : الرجوع .
(٤) انظر : المدونة : ١/٣٠٣ ، التفريع : ١/ ٣٢٠ .
(٥) أخرجه مسلم في الحج ، باب : فضل المدينة : ٢/ ٩٩١ .
(٦) أخرجه البخاري في اللقطة ، باب : كيف تعرف لقطة أهل مكة : ٣/ ٩٤ ، ومسلم في الحج ، باب : تحريم مكة : ٢/ ٩٨٦ .
(٧) في (م) : أهلها .

فصل [١٦ - تقديم الإحرام عن الميقات] :

الاختيار أن يحرم من الميقات ، فإن قدمه عليه كره له وجاز [١] خلافاً للشافعي [٢] لأنه صلى الله عليه وسلم حج واعتمر عمراً ، فلم ينقل أنه أحرم قبل الميقات ، فلو كان فيه فضيلة لبيَّنه أو فعله ، ولأنه أحد نوعي المواقيت فكره التقديم [٣] بالإحرام عليه كميقات الزمان .

فصل [١٧ - الإحرام بالعُمرة من الحرم] :

ولا يجوز الإحرام بالعُمرة من الحرم ويخرج من كان بالحرم ، وأراد الإحرام بها إلى أدنى الحل [٤] ، لأن الإحرام من حقه أن يجمع فيه بين الحل والحرم كالحج ، والعُمرة لا تعلق لها بالحل ، فإذا أحرم بها من الحرم لم يمكنه الجمع بينهما ، فإن أحرم بها من الحرم خرج إلى الحل ثم عاد فطاف فسعى .

فصل [١٨ - القارن يحرم من مكة] :

واختلف أصحابنا في القارن [٥] : فقال ابن القاسم لا يجوز له الإحرام من مكة ، وقال سحنون وغيره : يجوز ، فلابن القاسم أنه محرم بعمرة ، فوجب أن يكون من الحل أصله إذا انفرد ولا يجوز أن يقال بأنه محرم بحج [٦] فجاز أن يكون من مكة كالمفرد [٧] ، لأن ذلك يؤدي إلى نقض الأصل [٨] الذي هو الحاجة في الإحرام بالعُمرة إلى الجمع بين الحل والحرم ، ولأن تقدير القران

---

(١) انظر : الفواكه الدواني : ١/ ٣٦٣ ، مواهب الجليل : ٣/ ١٨ .

(٢) انظر : الأم : ٢/ ١٣٩ .

(٣) في (م) : التقدم .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٣٠٢ ، التفريع : ١/ ٣١٩ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٣٠٣ ، التفريع : ١/ ٣١٩ ، الكافي ص ١٥١ .

(٦) في (م) : بالحج .

(٧) في (ق) و (ر) : كالمنفرد .

(٨) الأصل : سقطت من (ق) .

دخول الحج على العمرة وتغليب حكمها عند فعل الإحرام ، ولغيره أن الذي لأجله أرِيدَ الإحرام بالعمرة من الحل : أن يجمع في الإحرام بين الحل والحرم ، وهذا يوجد مع القران لأنه لا بد للقارن من الخروج إلى الحل للوقوف والرمي .

* * *

باب : أركان الحج [1]

وأركان الحج أربعة [2] وهي : الإحرام والوقوف والطواف والسعي .

فأما الإحرام فالأصل فيه فعل رسول الله ﷺ وأمره به [3] ، لأن كل عبادة لها إحلال لم يصح الدخول فيها إلا بإحرام كالصلاة ، وذلك إجماع [4] .

فأما الوقوف فلقوله صلى الله عليه وسلم : « الحج عرفة » [5] ، وقوله : «من وقف بعرفة فقد تم حجه ، ومن فاته الوقوف بعرفة فقد فاته الحج » [6] ، ولا خلاف في ذلك [7] .

وأما الطواف فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ [8] ،

---

(1) عنوان الباب من (م) .

(2) في أركان الحج انظر : المدونة : ١/ ٢٩٥ وما بعدها ، التفريع : ١/ ٣٢٠ ، وما بعدها ، الرسالة ص ١٧٥ - ١٧٩ ، المقدمات : ١/ ٤٠٢ .

(3) كما جاء في أحاديث المواقيت السابقة ، وفي صفة حجه صلى الله عليه وسلم .

(4) انظر : المجموع : ٧/ ٢٠٦ ، المغني : ٣/ ٢٦٦ .

(5) أخرجه أبو داود في الحج من لم يدرك عرفة : ٢/ ٤٨٦ ، والنسائي في المناسك ، باب : فرض الوقوف بعرفة : ٢/ ٢٠٦ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : من أتى عرفة قبل الفجر ليله جمع : ٢/ ١٠٠٣ ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء من أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج : ٣/ ٢٣٧ ، وابن حبان والحاكم ، وقال : صحيح الإسناد (نصب الراية : ٣/ ٩٢) .

(6) أخرجه الدارقطني وفيه يحيى بن عيسى النهشلي ، قال النسائي فيه : ليس بالقوى (نصب الراية : ٣/ ١٤٥) .

(7) انظر : الإجماع ص ٦٤ ، المغني : ٣/ ٤١٠ .

(8) سورة الحج ، الآية : ٢٩ .

ولأنه صلى الله عليه وسلم طاف وقال : « خذوا عني مناسككم »[(١)] ، ولا خلاف أيضاً فيه[(٢)] .

وأما السعي فمن فروض الحج[(٣)] عندنا خلافاً لأبي حنيفة[(٤)] ، لأنه صلى الله عليه وسلم سعى وقال : « اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي »[(٥)] ، ففيه أدلة : أحدها أنه فعله ، وقال : « خذوا عني مناسككم » ، والأخرى أمره به بقوله : « اسعوا » ، والثالث : إخباره بأنه مكتوب علينا ، ولأنه ركن في العُمرة فكذلك في الحج أصله الطواف ، ولأن كل نسك يؤتي به في الحج والعُمرة على هيئة واحدة ، فإن الدم لا ينوب منابه كالإحرام ولا يدخل عليه الحِلاق لأنه يؤتي به بعد الفراغ من العُمرة .

فصـل [١ - رمي جمرة العقبة] :

وليس من أركانه رمي جمرة العقبة خلافاً لعبد الملك[(٦)] ، لأنه نسك بمِنَى ، فلم يكن وجوبه وجوب الأركان كالمبيت والحلاق ، ولأنه رمي كسائر الجمار ، ولأنه نسك يفعل بغير مكة بعد الإحرام لا يتعلق فوات[(٧)] الحج بفواته كالمبيت بمزدلفة .

---

(١) أخرجه مسلم في الحج ، باب : استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر : ٢/ ٩٣٢.

(٢) انظر : المجموع : ٨/١٦٦ ، المغني : ٣/ ٤٤٠ .

(٣) انظر : الموطأ : ١/ ٣٧٤ ، التفريع : ١/ ٣٣٨ ، الرسالة ص ١٧٦ ، المقدمات : ١/٤٠٢ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/١٨٦ - ١٨٧ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ٣٨١ .

(٥) أخرجه أحمد : ٦/ ٤٢٢ ، والحاكم : ٤/ ٧٠ ، والبيهقي : ٥/ ٩٧ ، والدارقطني: ٢/٢٥٦ ، والطبراني والشافعي وابن عدي، وفيه ضعف (نصب الراية : ٣/ ٥٥ - ٥٦).

(٦) انظر : المقدمات : ١/ ٤٠٢ .

(٧) في (ق) : فوت .

فصـل [٢ - الاغتسال لأركان الحج كلها] :

ويستحب أن يغتسل لأركان الحج كلها [١] ، أما الإحرام « فلأن رسول الله ﷺ اغتسل له » [٢] ، وكذلك الصحابة ويستحب للطاهر والحائض ، لأنه أريد به التنظف للعادة ، ولأمره صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضي الله عنه [٣] أن يأمر أسماء بالاغتسال وكانت نفساء [٤] .

وأما الوقوف ، فإنه [٥] صلى الله عليه وسلم اغتسل له [٦] ، واعتباراً بالإحرام بعلة كونه ركناً ، وكذلك الطواف والسعي إلا أنه يكفيه لهما غسل واحد لأن أحدهما مرتبط بالآخر وتابع له .

ويستحب الغسل لدخول مكة لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلت ذلك [٧] .

فصـل [٣ - في مريد الإحرام] :

ومن أراد الإحرام بدأ بالاغتسال ثم ركع ركعتين وأحرم على أثرهما ويستحب

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٥ ، التفريع : ١/ ٣٢٠ ، الرسالة ص ١٧٥ ، المقدمات : ١/ ٤٠٢ .

(٢) أخرجه الترمذي في الحج ، باب : ما جاء في الاغتسال عند الإحرام : ٣/ ١٩٢ ، وقال : حسن غريب .

(٣) رضي الله عنه : سقطت من (م) .

(٤) أخرجه مسلم في الحج ، باب : إحرام النفساء واستحباب اغتسالها للإحرام : ٢/ ٨٦٩ .

(٥) في (م) : فلأنه .

(٦) روي غسل عرفة عن ابن عمر (الموطأ : ١/ ٣٢٢) ، وعن ابن مسعود وعبد الرحمن بن يزيد (مجمع الزوائد : ٣/ ٢٥٦) .

(٧) فقد روي أن ابن عمر رضي الله عنه كان لا يقدم مكة إلا بات بذي طوى حتى يصبح ويغتسل ، ثم يدخل مكة نهاراً ، ويذكر عن النبي ﷺ أنه فعله أخرجه البخاري في الحج ، باب : الاغتسال عند دخول الكعبة : ٢/ ١٥٤ ، ومسلم : الحج استحباب دخول مكة من الثنايا العليا : ٢٠/ ٩١٩ . وروي : الغسل عن عليّ بن أبي طالب وعائشة (البيهقي : ٥/ ٧١) .

له أن يحرم على أثر نافلة دون مكتوبة ، فإن لم يقدر على ذلك لضيق الوقت أو لكونه وقتاً يكره فيه التنفل انتظر إمكانه إن قدر ، فإن لم يقدر أحرم على أثر مكتوبة ، وذلك أفضل من الإحرام بغيرها [1] ، فإن لم يقدر لإعجال أو خوف فوات وأحرم بغير صلاة فلا شيء عليه ولو أحرم ابتداء بغير صلاة قادراً على أن يصلي ، ثم يحرم كره له ذلك ولا شيء عليه [2] .

وإنما اخترنا له ذلك ، لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل [3] ، واخترنا له التنفل لأنه زيادة مقصودة لأجل الإحرام ، وقلنا : أنه ينتظر الإمكان لئلا يعرى الإحرام من فضيلة الصلاة مع القدرة عليها .

وإنما قلنا : أنه إن أحرم عقيب مكتوبة جاز ، لأن رسول الله ﷺ أحرم عقيب صلاة ، فقيل : نافلة ، وقيل : مكتوبة ، ولأن الإحرام عقيب المكتوبة لا يعرى من صلاة ، فكان أفضل من الإخلال بها جملة .

وإنما قلنا : أنه إذا أحرم بغير صلاة أصلاً ، فلا شيء عليه ، لأن ذلك مستحب غير واجب لأنه ليس في الأصول عبادة يقف صحة فعلها على صلاة قبلها .

فصل [٤ - تجرد المحرم عن المخيط] :

ويتجرد بعد غسله من مخيط الثياب لأنه ممنوع من لبسها في الإحرام ، فلا بد من تقديم ذلك ليصادف إحرامه هيئته المبينة له ، وهذا للرجل دون المرأة [4] .

---

(١) في (م) : بغير صلاة .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢٩٥/١ ، التفريع : ٣٢١/١ ، الرسالة ص ١٧٤ - ١٧٥ .

(٣) لما رواه ابن عباس : « أن رسول الله ﷺ أهل في دبر الصلاة » أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : وقت الإحرام (٢/ ٣٧٣) ، مطولاً ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء متى أحرم النبي ﷺ (٣/ ١٨٢) ، وقال : حسن غريب ، والنسائي في المناسك ، باب : العمل في الإهلال : ١٢٦/٥ ، والحاكم : ٤٥١/١ مطولاً .

(٤) انظر : المدونة : ٢٩٥/١ ، الموطأ : ٢٣١/١ - ٢٣٢ ، التفريع : ٣٢١/١ .

فصـل [٥ - الإهلال بالتلبية بعد ركوب الراحلة] :

وإذا فرغ من صلاته ركب راحلته وأهل بالتلبية [١] لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل [٢] ، ويستحب له تأخير الإحرام حتى يستوي على الراحلة خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنه يحرم عقيب الركوع [٣] ، لأن في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أهل حين استوت به راحلته ، ولأن الدخول في العبادة يجب أن يكون عند الشروع في فعلها لا قبله .

فصـل [٦ - يبدأ بالإهلال إذا استوى على الراحلة] :

ويهل إذا استوى على الراحلة ولا ينتظر أن تنبعث به خلافاً للشافعي في قوله: أنه يحرم إذا انبعثت به راحلته [٤] ، لأن في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أهل حين استوت به راحلته ، ولأنه استوت به [٥] راحلته ، فأشبه إذا انبعثت به ؛ وإن كان ماشياً ، فإذا أخذ في مشيه لأن ذلك كاستوائه على الراحلة.

فصـل [٧ - لفظ التلبية] :

ولفظ التلبية [٦] : « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » لأن ذلك منقول عنه صلى الله عليه وسلم [٧]

---

(١) انظر المدونة : ١/ ٢٩٥ ، الموطأ : ١/ ٢٣١ - ٢٣٢ ، التفريع : ١/ ٣٢١ .

(٢) أخرجه البخاري في الحج ، باب : قوله تعالى : ﴿ يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ﴾ (٢/ ١٤٠) ، ومسلم في الحج ، باب : الإهلال من حيث تنبعث: ٢/ ٨٤٥ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٢ ، مختصر القدوري : ١/ ١٨١ .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ٦٥ ، الإقناع ص ٨٥ .

(٥) ولأنه استوت به : سقطت من (م) .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٣٢١ ، الرسالة ص ١٧٤ .

(٧) أخرجه البخاري في الحج ، باب : التلبية : ٢/ ١٤٧ ، ومسلم في الحج ، باب : التلبية وصفتها : ٢/ ٨٤٢ ، وذكره مالك في الموطأ : ١/ ٣٣٢ .

بهذا اللفظ ، فإن زاد عليها زيادة ابن عمر جاز ولفظها : « لبيك لبيك وسعديك والخير بيدك والرغباء إليك والعمل »[(1)] .

فصل [٨ - أقل ما يكفي من التلبية] :

ويكفي منها مرة واحدة لأنه أقل ما يتناوله الاسم وما زاد على ذلك مستحب ، فإن أخل بها جملة فعلية الدم لأنها من شعائر الحج وواجبات نسكه ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « الحج العج والثج »[(2)] ، ولأمره بها وحضه عليها وفعله لها ، وقال : « خذوا عني مناسككم »[(3)] ، وقال : « من ترك من نسكه شيئاً[(4)] فعليه دم »[(5)] .

فصل [٩ - رفع الصوت بالتلبية] :

ويستحب رفع الصوت بها للرجال[(6)] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «أتاني جبريل - عليه السلام - فأمرني أن أمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال»[(7)] ويكره ذلك للنساء خيفة الفتنة ، ولأن الإخفات أستر لهن .

---

(١) أخرجه البخاري في الحج ، باب : التلبية : ٢/ ١٤٧ ، ومسلم في الحج ، باب : التلبية وصفتها : ٢/ ٨٤٢ ، وذكره مالك في الموطأ : ١/ ٣٣٢ .

(٢) أخرجه ابن ماجه في المناسك ، باب : التلبية (٢/ ٩٢٥) ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء في فضل التلبية والنحر (٣/ ١٨٩) ، وقال : حديث غريب ، وفيه إبراهيم ابن يزيد الخوزي وهو ليس بالقوي ، وصحّحه الحاكم : ١/ ٤٥١ (نصب الراية : ٣/ ٣٣).

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) في (ق) : شيء .

(٥) أخرجه مالك موقوفاً على ابن عباس : ١/ ٤١٩ ، والشافعي وابن حزم مرفوعاً ، والحديث معلول براويان مجهولان فيه (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٢٩) .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٣٢٢ ، الكافي ص ١٣٨ .

(٧) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : كيف التلبية : ٣/ ٤٠٥ ، والنسائي في المناسك ، باب : رفع الصوت بالإهلال : ٥/ ١٢٥ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : =

فصـل [١٠ - في انعقاد الإحرام] :

والإحرام هو الاعتقاد بالقلب للدخول في الحج والعمرة ولا يفتقر إلى تلبية في انعقاده [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه لا ينعقد إلا بنطق أو بسوق هدي مع النية [٢] ، لأنها عبادة لا يجب الذكر في آخرها أو أثنائها [٣] ، فلم يجب في ابتدائها كالصيام عكسه الصلاة ، وللاتفاق على أنه إذا قلد الهدى وأشعره ولم يلب أن إحرامه يصح ، فلو كان للنطق من شرط صحة الدخول فيها لم يقم غيره مقامه .

فصـل [١١ - النية لما يريده بإحرامه] :

والنية مغنية عن التسمية ، فإن سمي ما يريده بإحرامه من حج أو عمرة جاز[٤] لأن رسول الله ﷺ قد فعل ذلك [٥] على حسب اختلاف الروايات عنه من إفراد أو قران [٦] .

فصـل [١٢ - التلبية أدبار الصلوات] :

ويستحب التلبية عند أدبار الصلوات لأنها أوقات يستحب الذكر فيها ، وعند كل شرف ، لأن ذلك مروي عن الصحابة [٧] ، ويكره له الإكثار منها حتى

= رفع الصوت بالإهلال : ٥/ ١٢٥ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : رفع الصوت بالتلبية: ٢/ ٩٢٥ ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء في رفع الصوت بالتلبية : ٣/ ١٩١، وقال : حديث صحيح ، وذكره مالك في الموطأ : ١/ ٣٣٤

(١) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٥ ، ١/ ٣٢١ ، الرسالة ص ١٧٥ .

(٢) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٨١ .

(٣) في (م) : إثباتها .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٢٩٥ ، الرسالة ص ١٧٥ ، التفريع : ١/ ٣٢٠ .

(٥) أخرجه البخاري في الحج ، باب : التمتع والقران والإفراد بالحج : ٢/ ١٥١ ، ومسلم في الحج ، باب : بيان وجوه الإحرام : ٢/ ٨٧٠ .

(٦) في (م) : وإقران .

(٧) أخرجه الشافعي وابن أبي شيبة عن ابن سابط (انظر مسالك الدلالة ص ١٣٨) .

يخرج إلى الإلحاح [(١)] ، لأن ذلك سرف وخروج عما يتعلق بالندب ، ويكره أن يلبي في طواف أو سعي لأنه [(٢)] حال يستحب فيها الدعاء ، وروي عن الصحابة مثل ذلك [(٣)] .

فصل [١٣ - متى تقطع التلبية] :

ويستحب قطع التلبية بعد الزوال من يوم عرفة [(٤)] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : أنها تقطع عند رمي جمرة العقبة [(٥)] ، لأن ما قلناه إجماع الصحابة ، وروي عن الخلفاء الأربعة وابن عمر وعائشة [(٦)] رضي الله عنهم أجمعين [(٧)] ، وذكر مالك أنه إجماع أهل المدينة [(٨)] ، ولأن التلبية إجابة للنداء بالحج الذي دعي إليه ، فإذا انتهى إليه فقد أتى بما لزمه فلا معنى لاستدامتها فيما زاد .

* * *

(1) في المسألة خلاف بين الصحابة

(١) انظر : الموطأ : ١/ ٣٣٤ ، التفريع : ١/ ٣٢٢ ، الرسالة ص ١٧٥ .

(٢) في (ق) : لأنهما .

(٣) فقد كان عبد الله بن عمر يقطع التلبية في الحج إذا انتهى إلى الحرم حتى يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة . . . ، أخرجه البخاري في باب : الاغتسال عند دخول مكة : ٢/ ١٥٤ ، ومسلم في الحج ، باب : استحباب المبيت بطوى : ٢/ ٩١٩ ، والموطأ : ١/ ٣٣٨ .

(٤) انظر : الموطأ : ١/ ٣٣٩ ، التفريع : ١/ ٣٢٢ ، الرسالة ص ١٧٥ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٥ ، الأم : ٢/ ٢٢١ .

(٦) انظر : في ذلك الموطأ : ١/ ٣٣٨ - ٣٣٩ ، المجموع : ٨/ ١٤٩ .

(٧) أجمعين : سقطت من (م) .

(٨) انظر : الموطأ : ١/ ٣٣٨ .

باب الإحرام[1]

إحرام الرجل في وجهه ورأسه ولا يجوز له تغطيتهما بشيء من اللباس أصلاً[2] ، فإن غطى رأسه فأكفه وانتفع بتغطيته افتدي من غير خلاف ، والأصل فيه نهيه صلى الله عليه وسلم المحرم عن لبس العمائم والبرانس[3] ، واتصال العمل بذلك ، فأما الوجه فقال : لا يجوز تغطيته ، وقال ابن القاسم : لا فدية في تغطيته ، ومن أصحابنا من يقول : أنه يُخرّج على روايتين[4] ، وقال الشافعي : ليس عليه كشف وجهه في الإحرام[5] ، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « المحرم أشعث أغبر »[6] ، فجعل من وصفه ذلك فاقتضى نفي كل ما أخرجه عن هذا المعنى والوجه أخص بذلك من سائر الأعضاء واعتباراً بالمرأة .

فأما الفدية فوجه وجوبها هو : أن العبادات إذا تعلقت بالوجه لم يفترق فيها حكم الرجل والمرأة كغير الإحرام ، ولأنه عضو لزم كشفه في الإحرام فتعلقت[7] الفدية به كالرأس ، ووجه سقوطها أنه عضو يلزم المرأة كشفه ، فلم يلزم الرجل فدية بتغطيته كاليدين ، ولأنه عضو فرضه في الطَهارة الغسل كالرجلين .

---

(١) عنوان الباب من (م) .

(٢) في إحرام الرجل انظر : المدونة : ٢٩٦/١ ، التفريع : ٣٢٢/١ ، الرسالة ص ١٨٠ .

(٣) أخرجه البخاري في الحج ، باب : ما يلبس المحرم من الثياب : ١٤٥/٢ ، ومسلم في الحج ، باب : ما يباح للمحرم بحج أو عُمرة .. : ٨٣٢/٢ .

(٤) انظر : التفريع : ٣٢٢/١ .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ٦٦ .

(٦) أخرجه أحمد : ٢٢٤/٢ .

(٧) في (م) : فعلت .

فصـــل [١ - إحرام المرأة] :

وإحرام المرأة في وجهها وكفيها [١] ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « إحرام المرأة في وجهها » [٢] ، ونهيه النساء عن لبس النقاب في الإحرام [٣] ، فإذا ثبت ذلك فلا يجوز لها تغطيته ببرقع ولا نقاب ولا سترة بوجه إلا أن يكون هناك جمال يخاف به الفتنة ، فيجوز لها أن تسدل الثوب عليه ليستر بقدر ما يزول عنها ما يخاف من نظر من ينظر إليها ، ومتى غطت زيادة على ذلك بنقاب أو برقع فانتفعت بتغطيته افتدت .

وأما اليدان فيلزمها كشفهما [٤] إلى الكوعين ولا يجوز لها لبس القفازين (خلافاً لأبي حنيفة [٥] لنهيه صلى الله عليه وسلم عن لبس القفازين [٦]) [٧] ، ولأنه عضو ليس بعورة منها ، فوجب أن يتعلق به حكم الإحرام في باب التغطية أصله الوجه .

فصـــل [٢ - ما يمنع المحرم من لبسه] :

والرجل ممنوع من لبس المخيط كله ، فلا يجوز له لبس قميص ولا سراويل ولا جبة ولا قباء [٨] ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم في المحرم : « لا

---

(١) انظر : المدونة : ١/٢٩٦ ، التفريع : ١/٣٢٣ ، الرسالة ص ١٨٠ .

(٢) أخرجه البيهقي : ٥/٤٧ ، وهو عند الدارقطني موقوف (نصب الراية : ٣/٣٧) .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ: « ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين » في الحج ، باب : ما ينتهي من الطيب للمحرم : ٢/

(٤) في (ق) كشفها .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص٨٦ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ٤١٤ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً ص ٥٢٥ .

(٧) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٨) قباء : القباء ممدود ، وقيل : فارسي معرب ، وهو من قبوت إذا ضممت وهو ثوب ضيق من ثياب العجم (المطلع ص ١٧١ - ١٧٢) .

يلبس القميص ولا السراويلات ولا البرانس ولا العمائم »[1] ، وأما المحرمة فيجوز لها لبس ذلك كله لنهيه صلى الله عليه وسلم عن لبس القفازين والنقاب وقال : « لتلبسن بعد ذلك ما أحبت[2] من قميص أو سراويل أو خفين »[3] لأن ما عدى الوجه والكفين من جسدها[4] عورة ، وليس عليها كشف عورتها بل لا يجوز ذلك لها .

فصــل [٣ - فيمن احتاج إلى لبس المخيط من المحرمين] :

وإن احتاج الرجل إلى لبس المخيط من سراويل أو قميص لبسه وافتدى[5] ، خلافاً للشافعي في إسقاطه الفدية بلبس السراويل[6] ، لأنه محرم ممنوع من لبس المخيط ، فإذا لبسه لزمته الفدية ، أصله إذا لبسها[7] مع وجود المئزر لأن كل ما لو لبسه مع عدم العذر لزمته الفدية ، فكذلك مع العذر أصله القميص .

فصــل [٤ - لبس الخفين للمحرم] :

ولا يجوز للمحرم أن يلبس الخفين لا التامين ولا المقطوعين إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين[8] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يلبسن القميص ولا العمائم ولا الخفين إلا أن لا يجد نعلين فيلبس الخفين وليقطعهما

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً (ص ٥٢٥) .

(٢) في (م) : أحبته .

(٣) هذا الحديث بهذا اللفظ أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : ما يلبس المحرم : ٤١٢/٢ ، وأحمد : ٢٢/٢ ، والبيهقي : ٤٧/٥ ، والحاكم : ٤٨٦/١ ، وقال : صحيح على شرط مسلم .

(٤) في (م) : بدنها .

(٥) انظر : التفريع : ٣٢٣/١ ، الرسالة ص ١٨٠ ، الكافي ص ١٥٣ .

(٦) انظر : الأم : ١٤٥/١ .

(٧) في (ق) : لبسه .

(٨) انظر : التفريع : ٣٢٣/١ ، الرسالة ص ١٨١ ، الكافي ص ١٥٣ .

أسفل من الكعبين » [١] ، وإذا وجد النعلين لم يكن له لبس الخفين خلافاً لبعضهم لأن الخبر مشروط بعدم النعلين .

فصل [٥ - فيمن لبس خفين تامين] :

وإن عدم النعلين فلبس الخفين تامين ، فعليه الفدية [٢] خلافاً لأحمد [٣] ، لقوله صلى الله عليه وسلم [٤] : « إلا أن لا يجد نعلين فيلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين » [٥] ، ففيه دليلان : أحدهما أن الأمر بالقطع على الوجوب، والآخر استثنى من حظر لبساً على صفة وهي القطع ، فما عداه على أصل المنع، ولأنها حال إحرام للرجل فلم يجز فيها لبس الخف التام مع القدرة على قطعه كحال وجود النعلين .

فصل [٦ - فيما إذا أدخل المحرم كتفيه في القباء] :

إذا أدخل كتفيه في القباء فعليه الفدية [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، لأنه لبس مخيطاً على الوجه الذي يلبس مثله في العادة كالقميص .

فصل [٧ - الألوان التي يجوز الإحرام بها] :

كل الألوان جائز الإحرام فيها [٨] ما لم يكن طيباً [٩] إلا أن البياض

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٢٥) .

(٢) انظر : التفريع : ١/٣٢٣ - ٣٢٤ ، الرسالة ص ١٨٠ ، الكافي ص ١٥٣ .

(٣) انظر : مختصر الخرقي ص ٥٦ .

(٤) صلى الله عليه وسلم سقطت من (ق) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (ص ٥٢٥) .

(٦) انظر : التفريع : ١/٣٢٣ ، الكافي ص ١٥٣ .

(٧) مختصر القدوري - وشرح اللباب : ١/١٨٢ .

(٨) في (م) : به .

(٩) في (ق) : طيب .

أفضل[1] لقوله صلى الله عليه وسلم : « خير ثيابكم البياض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم » [2] .

فصـل [٨ - حلق الشعر للمحرم] :

ويمنع المحرمون من إلقاء التفث [3] وهو حلق الشعر وقص الأظافر وقتل القمل[4] ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ، فمن كان منكم مريضاً أو به أذي من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ [5] ، وقوله تعالى [6] : ﴿ ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ [7] ، فأباح ذلك بعد التحلل ، وقوله صلي الله عليه وسلم لكعب بن عجرة [8] : « أتؤذيك هوام رأسك » ؟ قال : نعم ، فأمره بالحلاق والفدية [9] .

فصـل [٩ - الزينة في الإحرام] :

الزينة ممنوعة في الإحرام كالكحل للنساء ولبس الحلي وغيره ، واختلف

---

(١) انظر : المدونة : ٢٩٦/١ ، والتفريع : ٣٢٢/١ ، وورد فيهما كراهية المعصفر والمزعفر ، والتي لم يشر إليها المصنف .

(٢) سبق تخريج الحديث ص ٣٤٥ .

(٣) التفث : إذا ترك الأدهان والاستحداد فعلاه الوسخ (المصباح المنير ص ٧٥) .

(٤) انظر : المدونة : ٣٢٩/١ ، التفريع : ٣٢٤/١ ، الرسالة ص ١٨٠ ، الكافي ص ١٥٣ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٦) تعالى : سقطت من (ق) .

(٧) سورة الحج ، الآية : ٢٢ .

(٨) كعب بن عجرة : الأنصاري المدني أبو محمد صحابي مشهور ، مات بعد الخمسين وله نيف وسبعون (تقريب التهذيب ص ٤٦١) .

(٩) أخرجه البخاري في المحصر ، باب : قوله تعالى : ﴿ أو صدقة ﴾ (٢٠٨/٢) ، ومسلم في الحج ، باب : جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ووجوب الفدية لحلقه وبيان قدرها : ٨٦٠/٢ - ٨٦١ .

أصحابنا [1] هل هو منع حظر أو كراهة [2] ؟ ، فإن قلنا : أنه منع حظر كان فيه الفدية ، وإن قلنا : أنه منع كراهة [3] فلا فدية فيه [4] ، ووجه الحظر أنها عبادة تمنع الطيب والنكاح ، فمنعت الزينة كالعدة ووجه الكراهة أنها عبادة إحرام وإحلال كالصلاة .

فصل [١٠ - حك المحرم رأسه وجلده] :

يجوز للمحرم حك رأسه وجلده [5] ، ويرفق في حك رأسه لئلا يقتل القمل لأن شعر الرأس يستكن [6] فيه القمل ، وله أن يحك جلده حكاً شديداً لأنه يأمن ذلك فيه غالباً .

فصل [١١ - الطيب في الإحرام] :

الطيب ممنوع في الإحرام قليله أو كثيره منع حظر تجب الفدية بتناوله ولا خلاف في ذلك [7] ، والأصل فيه : أنها عبادة تمنع النكاح فمنعت (الطيب كالعدة ولا فدية في شمه ما لم يكن إتلاف والعصفر ليس من) [8] الطيب لأنه من الريحان وليس في العادة [9] التطيب به ، فإن كثر جداً وكان ممن ينتقض ، فمن أصحابنا من يوجب به الفدية ويجعله زينة ومقارناً للطيب [10] .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٣٤٢ ، التفريع : ١/ ٣٢٤ ، الرسالة ص ١٨٠ .

(٢) ، (٣) في (م) : كراهية .

(٤) فيه : سقطت من (ق) .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٣٢٥ ، الكافي ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٦) في (ق) : تسكن .

(٧) الإجماع ص ٥٥ ، المجموع : ٧/ ٢٢٥ ، ٢٧١ ، المغني : ٣/ ٣٢٢ .

(٨) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٩) في (ق) : العبادة .

(١٠) انظر : الكافي ص ١٥٣ ، الشرح الصغير : ٢/ ٧٣ .

فصل [١٢ - أكل المحرم ما فيه طيب] :

ويجوز للمحرم أكل ما فيه طيب قد طبخته النار زعفراناً كان أو غيره كالخبيص[١] ، والخشكنان [٢] ، لأنه بالطبخ قد خرج عن أن يكون طيباً وصار في حكم المأكولات ، ولأنه في حال تناوله متلف بغلبة الطعام عليه واستهلاكه فيه.

فصل [١٣ - إذا خلط الطيب بطعام] :

إذا [٣] خلط الطيب بطعام أو شراب على جهته من غير أن تمسه النار أو طيب به طعام ، فتناوله المحرم ففيها روايتان [٤] : إحداهما وجوب الفدية لأنه تناول طيباً على جهته كما لو تطيب به ، والآخر أنه لا فدية عليه لأنه مستهلك فيه والحكم للغلبة .

فصل [١٤ - اغتسال المحرم] :

يجوز أن يغتسل المحرم تبرداً [٥] ، لأن النبي ﷺ فعل ذلك [٦] ، وكذلك الصحابة [٧] ، ويحرك شعر رأسه بيديه [٨] ، ولأن الغسل ليس بطيب ولا زينة ولا إلقاء تفث وكل ما عدى ذلك ، فجائز للمحرم .

---

(١) الخبيص : في اللغة الخليط ، وهو طعام معروف .

(٢) الخشكنان : خبز تصنع من خالص دقيق الحنطة ، وتملأ بالسكر واللوز أو الفستق (المعجم الوسيط : ١/ ٢٣٦) .

(٣) إذا : سقطت من (م) .

(٤) التفريع : ١/ ٣٢٦ - ٣٢٧ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٣٤٣ ، الموطأ : ١/ ٣٢٣ ، الكافي ص ١٥٢ .

(٦) أخرجه البخاري في جزاء الصيد ، باب : الاغتسال للمحرم : ٢/ ٢١٥ ، ومسلم في الحج ، باب : جواز غسل المحرم بدنه ورأسه : ٢/ ٨٦٤ .

(٧) روي عن عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الرحمن بن زيد وغيرهم (انظر الموطأ : ١/ ٣٢٣ ، البيهقي : ٥/ ٦٣) .

(٨) في (م) : بيده .

فصـل [١٥ - الفدية] :

والفدية في الطيب وإلقاء التفث ، ولبس المخيط ثلاثة أنواع : إطعام ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين ، أو صيام ثلاثة أيام ، أو ذبح شاة وهي على التخيير دون الترتيب [١] ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ، ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ [٢] ، وفي حديث كعب بن عجرة أنه صلى الله عليه وسلم قال : « أتؤذيك هوام رأسك ؟» قال : نعم ، قال : « أحلق وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين مُدَّيْن مُدَّيْن لكل مسكين أو أنسك بشاة أي ذلك فعلت أجزأ عنك [٣] » [٤] .

فصـل [١٦ - مكان إخراج الفدية] :

وليس لشيء منها مكان مخصوص [٥] أي موضع فعله جاز [٦] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن النسك لا يكون إلا بمكة [٧] ، وللشافعي في قوله : أن النسك والإطعام لا يكونان إلا بمكة [٨] ، لقوله تعالى : ﴿ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ [٩] فأطلق ، وفي حديث كعب بن عجرة أنه (صلى الله عليه وسلم) [١٠] قال له : « صم ثلاثة أيام أو أطعم أو أنسك بشاة » [١١] ولم يقيد ولأنه نوع من فدية الأذى ، فجاز بمكة وغيرها كالصوم .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٣٤٥ ، التفريع : ١/٣٢٥ ، الرسالة ص ١٨٠ .
(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .
(٣) في (م) : أجزاك .
(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٥) انظر : التفريع : ١/٣٢٦ ، الرسالة ص ١٨٠ ، الكافي ص ١٥٤ .
(٦) في (م) : أجزاه .
(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٠ .
(٨) انظر : مختصر المزني ص ٧١ .
(٩) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .
(١٠) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (م) .
(١١) سبق الحديث في الصفحة (٥٢٩) .

باب : من قتل صيداً وهو محرم أو ذبحه أو صاده

يحرم قتل الصيد وذبحه واصطياده على المحرم في الحل والحرم ويحرم في الحرم على المحرم والحلال [1] ، والأصل في منعه للمحرم قوله تعالى : ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ فإذا حللتم فاصطادوا ﴾ [3] ، وقوله: ﴿ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ [4] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لحم الصيد لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم » [5] ولا خلاف في ذلك [6] .

وجميع ما ذكرناه دال على منعه في الحرم لأن قوله : ﴿ وأنتم حرم ﴾ [7] يتضمن حرمة الإحرام وحرمة الحرم ، وقوله صلى الله عليه وسلم في مكة : « لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها » [8] ، فإذا ثبت هذا فالحرم حرمان : حرم

---

(١) انظر : المدونة : ١/٣٢٧ - ٣٦ ، التفريع : ١/٣٢٧ ، الرسالة ص ١٨٢ .

(٢) سورة المائدة ، الاية : ٩٥ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٩٦ .

(٥) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : لحم الصيد للمحرم : ٢/٤٢٨ ، والنسائي في المناسك ، باب : إذا أشار المحرم إلى الصيد : ٥/١٤٦ ، والترمذي في الحجّ ، باب : ما جاء في أكل الصيد للمحرم : ٣/٢٠٤ ، وقال : والمطلب بن حنطب لا نعرف له سماعاً من جابر ، أخرجه أحمد : ٣/٣٦٢ ، والحاكم : ١/٤٥٢ ، وقال : صحيح على شرط الشيخين .

(٦) انظر : الإجماع ص ٥٨ ، المجموع : ٧/٢٩٨ ، المغني : ٣/٥٠٦ .

(٧) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٨) أخرجه البخاري في الحج ، باب : فضل الحرم : ٢/١٥٧ ، ومسلم في الحج ، باب : تحريم مكة وصيدها . . : ٢/٩٨٦ .

مكة، وحرم المدينة ، فإن قتل صيداً في مكة فعليه الجزاء ، وإن قتله في حرم المدينة فلا جزاء عليه ، وقال داود : لا يتعلق الجزاء بحرمة الحرم أصلاً [(١)] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ [(٢)] ، والاسم ينطلق على المحرم [(٣)] ، والحرام بالإحرام وبالمكان ، ولأن كل ما كسبه اسم محرم أثر في وجوب الجزاء أصله الإحرام .

فصـل [١ - قتل الصيد في حرم المدينة] :

وأما حرم المدينة فلا جزاء عليه عند مالك [(٤)] ، وقال ابن أبي ذئب [(٥)] : عليه الجزاء ، فوجه قول مالك رحمه الله [(٦)] قوله صلى الله عليه وسلم : « من وجدتموه قد صاد في حرم المدينة فأوجعوه ضرباً واسلبوه ثيابه » [(٧)] ، فلو كان فيه الجزاء لأمر به ، ولأنه غير محل للمناسك فلم يتعلق بقتل الصيد فيه الجزاء[(٨)]، أصله الحل ، ووجه إيجابه الجزاء قوله صلى الله عليه وسلم : « اللَّهم إن إبراهيم حرم مكة وأنا أحرم المدينة بمثل ما حرم به مكة ومثله معه لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها » [(٩)] ، ولأنه حرم يمنع الاصطياد فيه

---

(١) انظر : المجموع : ٧/٤٥٧ .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٣) في (م) : الحرم .

(٤) انظر : التفريع : ١/٢٣١ .

(٥) ابن أبي ذئب : محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب القرشي العامري ، أبو الحارث المدني : ثقة ، فقيه فاضل من السابعة ، مات سنة ١٥٨ هـ (تقريب التهذيب : ٤٩٣) .

(٦) رحمة الله : سقطت من (م) .

(٧) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : في تحريم المدينة : ٢/٥٣٢ ، والبيهقي : ٥/١٩٩ ، والحاكم وصحَّحه : ٢/٤٨٦ ، وأخرجه مسلم بلفظ قريب منه من حديث عامر ابن سعد بن أبي وقاص في الحج ، باب : فضل المدينة .. : ٢/٩٩٣ .

(٨) في (م) : جزاء .

(٩) سبق تخريج الحديث .

فتعلق الجزاء به كحرم مكة ، وهذا القول أقيس عندي على أصولنا ، لا سيما مع قول أصحابنا إن المدينة أفضل من مكة ، وأن الصلاة في مسجدها [1] أفضل من الصلاة بالمسجد الحرام ، وسنذكر ذلك في موضعه من كتاب الجامع إن شاء الله .

فصل [٢ - في كون العمد والسهو في الإتلاف سواء] :

وعمد الإتلاف وسهوه سواء في وجوب الجزاء [2] خلافاً لداود [3] في قوله : أن قتل الصيد خطأً لا شيء فيه ، لقوله تعالى : ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء﴾ [4] ، فأوجب الجزاء على متعمد قتله ولم يفرق بين أن يكون ذاكراً للإحرام أم ناسياً ، وقوله صلى الله عليه وسلم [5] في الضبع : « هو صيد وفيها كبش إذا أصابها المحرم » [6] ، ولأنه متلف للصيد في حال الإحرام أو الحرم ، فأشبه العامد .

فصل [٣ - في قطع شجر الحرم] :

ولا جزاء في قطع الشجر [7] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [8] ، لأن إتلاف الشجر الذي لا ملك عليه لآمدي لا غرم على متلفه في الأصول ، ولأن كونه من شجر الحرم لا يقتضي ضمان الجزاء اعتباراً بما فيه منفعة للناس ، ولأنه نوع من

---

(١) في (م) : بها .

(٢) انظر : الموطأ : ١/ ٤٢٠ ، التفريع : ١/ ٣٣١ .

(٣) انظر : المحلي : ٧/ ٣٢٣ ، المغني : ٣/ ٥٠٥ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٥) صلى الله عليه وسلم : سقطت من (ق) .

(٦) أخرجه أبو داود في الأطعمة ، باب : أكل الضبع : ٤/ ١٥٩ ، والنسائي في الحج ، باب : ما لا يقتله المحرم : ٥/ ١٥٠ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : جزاء الصيد يصيبه المحرم : ٢/ ١٠٣٢ ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء في الضبع يصيبها المحرم : ٣/ ٢٠٧ ، وقال : حسن صحيح .

(٧) انظر : المدونة : ١/ ٣٣٩ ، التفريع : ١/ ٣٣١ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٩ ، الأم : ٢/ ٢٠٨ .

النبت كالخشب والثمار ، ولأنه يتلف حيواناً ولا شيئاً من الحيوان فلم يلزمه جزاء كسائر الجمادات [١] ، وقياساً على المحرم يقطع الشجر في الحل لأن ما لزم الحلال جزاؤه في الحرم لزم المحرم مثله في الحل ، فلو كان في قطع شجره [٢] جزاء للزم المحرم ذلك في الحل .

فصـل [٤ - أكل لحم الصيد الذي يصيده الحلال] :

أكل لحم الصيد الذي يصيده الحلال في الحل جائز للمحرم إذا لم يصد من أجله ولا من أجل محرم سواه [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا يؤكل وإيجابه الجزاء عليه بأكله [٤] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لحم الصيد لكم حلال وأنتم محرمون ما لم تصيدوه أو يصد لكم » [٥] ، ولأنه إذا صيد لهم كانوا كالراضين بقتله فلزمهم الجزاء ، وإذا لم يصد لهم فلا جزاء عليهم لأنهم لم يتلفوه ولا أتلف من أجلهم .

فصـل [٥ - فيمن أكل من صَيْدٍ صِيْدَ من أجله] :

وإن أكل [٦] من صيد صيد من أجله فعليه فيه الجزاء [٧] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٨] ، لقوله صلى الله عليه وسلم :« ما لم تصيدوه أو يصد لكم »[٩]، ولأنه إتلاف ممنوع منه لأجل رضاه به ، فكان عليه الجزاء أصله إذا أتلفه بنفسه ،

---

(١) في (ق) : الجامدات .

(٢) في (م) : الشجر .

(٣) انظر : التفريع : ١/٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٤) انظر : مختصر القدوري : ١/٢١٦ - ٢١٧ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٣٣) .

(٦) في (م) : كان .

(٧) في (م) : الحق .

(٨) انظر : مختصر القدوري : ١/٢١٦ ، الأم : ١/٢٠٨ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٣٣) .

ولأن الوكيل كفعل الموكل في الحكم ، ولأن في ذلك ذريعة إلى استباحة الاصطياد فوجب حسم الباب .

فصـل [٦ - من قتل صيداً وأكله ؟] :

ومن قتل صيداً فأكله فعليه جزاء واحد [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : عليه الجزاء وضمان قيمة ما أكل [٢] لقوله تعالى : ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء ﴾ [٣] ، فلم يوجب سواه ، ولأن الإتلاف بعد القتل لا يوجب جزاء آخر كما لو قتله وأحرقه .

فصـل [٧ - لا يذبح المحرم الصيد] :

ولا يصح من المحرم تذكية الصيد [٤] خلافاً للشافعي [٥] لقوله تعالى : ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ [٥] ، والقتل في الشرع عبارة عن الإتلاف الذي لا يبيح الأكل والذكاة عبارة عن ما يبيحه ، ولأنه ذبح محرم لحق الله لمعنى في نفس الذابح فأشبه ذبح المجوسي ، ولأن كل معنى أوجب تحريم أكل المذبوح على ذابحه أوجبه على غيره أصله ذبح المجوسي ، ولأن كل صيد حظر على صائده لحق الله فلا تصح تذكيته له أصله الخنزير .

فصـل [٨ - ذبح الصيد المملوك في الحرم] :

وللحلال أن يذبح صيداً مملوكاً في الحرم ولا جزاء عليه [٧] خلافاً لأبي حنيفة [٨] ، لأنه لما جاز له إمساكه والتصرف فيه وهو حلال في الحرم ، جاز له

---

(١) انظر : التفريع : ١/٣٢٨ .
(٢) مختصر القدوري : ١/٢١٦ .
(٣) سورة المائدة ، الآية : ٩٨ .
(٤) انظر : التفريع : ١/٣٢٨ .
(٥) انظر : الإقناع ص ٩١ .
(٦) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .
(٧) انظر : الكافي ص ١٥٥ .
(٨) انظر : مختصر القدوري : ١/٢١٦ .

ذبحه كالنعم [1] ، ولأن كل من جاز له تملك صيد بالشراء والهبة جاز له ذبحه كالحلال إذا كان في الحل ، ولأنه لو منع ذلك لفسد لحم الصيد ، فأدى إلى أنهم لا يأكلونه إلا متغيراً ، والفرق بين حرمة الموضع وحرمة الإحرام لأن الإحرام لا يدوم وحرمة الموضع دائمة فافترقا فيما يحرم في الإحرام كالنكاح والوطء ، لأن حرمة الإحرام تمنع منها وحرمة الموضع لا تمنعه .

فصل [٩ - المحرم يدل على صيد لمن يقتله أو يصيده] :

ولا يجوز لمحرم أن يدل على صيد لمن يقتله أو يصيده [2] ، لأن ذلك يجري مجري المعاونة على قتله ، ومن منع فعل شيء منع المعونة عليه ، ولأنه لما حرم عليه قتل الآدمي حرم عليه أن يدل عليه كذلك الصيد .

فصل [١٠ - فيمن دل على صيد فصاده] :

وإن فعل أثم ولا جزاء عليه [3] خلافاً لأبي حنيفة [4] لقوله تعالى : ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء ﴾ [5] ، فعلق وجوب الجزاء بالقتل المباشر ، فدل على انتفائه بغيره ، ولأنه دال فلم يلزمه بدلالته غرم كما لو دل على عبد غيره ، ولأنه لم يكن منه قتل لا بمباشرة ولا بسبب أثَّر في نفسي المقتول كالدال على قتل الآدمي، ولأنه ممنوع من إتلاف الصيد [6] لحرمة توجب منع اصطياده ، فإذا دل عليه لم يلزمه جزاء [7] أصله الحلال في الحرم إذا دل على صيد في الحرم .

---

(١) في (ق) : كالغنم .

(٢) انظر : الكافي ص ١٥٥ .

(٣) انظر : الكافي ص ١٥٥ .

(٤) انظر : مختصر القدوري ص ٢١ .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٩٨ .

(٦) في (م) : صيد .

(٧) في (م) : الجزاء .

فصـل [١١ - اشتراك محرمين في قتل صيد] :

إذا اشترك جماعة محرمون في قتل صيد ، فعلى كل واحد جزاء كامل [(١)] خلافاً للشافعي في قوله : أنه على جميعهم جزاء واحد [(٢)] ، لقوله تعالى : ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ [(٣)] ، وهذا خطاب لكل قاتل في نفسه ، ولأنه محرم أتلف صيداً ممنوعاً من إتلافه كالمنفرد ، ولأنه اشتراك في قتل نفس تجب الكفارة بقتلها ، فكانت الكفارة بعدد القاتلين كالآدمي ولأنه معنى تتصف [(٤)] به الجماعة ، والآحاد لو انفرد كل واحد به لزمته كفارة كاملة فكذلك إذا أشرك فيه كالجماعة إذا اشتركت في الحلف على شيء واحد ، فإن على كل واحد كفارة كاملة ، ولأن الجزاء طريقة الكفارة لا الدية لقوله تعالى : ﴿ أو كفارة طعام مساكين ﴾ [(٥)] ، ولأنه حق لله يجب (بإتلاف نفس للصوم مدخل فيه ، فكان على كل واحد كفارة كقتل الادمي ، ولأنه من المحظورات فكان الواجب) [(٦)] ، بإتلافه كفارة كحلق الرأس والطيب .

فصـل [١٢ - قتل المحرم صيداً لغيره] :

إذا قتل المحرم صيداً لغيره فعليه القيمة مع الجزاء [(٧)] ، خلافاً لمن أسقط عنه الجزاء ، لقوله تعالى : ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء ﴾ [(٨)] فعم ، ولأنه ممنوع من قتله لحرمة الإحرام فعليه الجزاء كالذي ليس بمملوك .

---

(١) المدونة : ١/ ٣٣٠ ، الموطأ : ١/ ٢٤٠ ، الكافي ص ١٥٦ .

(٢) الأم : ٢/ ٢٠٧ ، مختصر المزني ص ٧٢ .

(٣) سورة المائد ، الآية : ٩٥ .

(٤) في (ق) : تختص .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٦) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٧) المدونة : ١/ ٣٣٢ ، الكافي ص ١٥٥ .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

فصل [١٣ - جزاء الصيد] :

لا يخلوا الصيد الذي يقتله المحرم أن يكون مما له مثل من النعم أو أن يكون مما لا مثل له : فإن كان له مثل وشبه [١] من النعم فجزاؤه ذلك المثل كالنعامة المشبهة للبدنة وحمار الوحش المشبه للبقرة وغير ذلك مما نذكر مفصلاً ، فهذا النوع من الصيد يجب فيه ما يقرب شبهه به من النعم [٢] ، وإن كان مما لا مثل له كالأرنب واليربوع [٣] ، وغير ذلك ففيه حكومة ، ووجوب إخراج المثل غير متحتم ، فإن شاء القاتل أخرجه ، وإن شاء أخرج قيمته طعاماً ويخرج قيمة الصيد المقتول لا قيمة المثل ، ويقوم نفس الصيد المقتول بالطعام دون تقويمه بالدراهم وتقويم الدراهم بالطعام ، فإن شاء صام بدلاً من الطعام مكان كل مد أو كسره يوماً بالغاً ما بلغ .

ولا يجوز أن يلي ذلك بنفسه دون التحكيم عليه لذوي عدل سواه يحكمان عليه بعد تخييره ما يريده [٤] من ذلك من غير أن يجبراه على غير إرادته ، فإذا اختار ما يحكمان به عليه ثم حكما به ، فقد انحتم وجوبه وسقط ما بعد [٥] خياره ، وأصل الجزاء على التخيير دون الترتيب ويلزم التحكيم في كل وقت ، وفيما حكمت فيه الصحابة ، وفيما لم تحكم فيه ، والواجب فيه هدي كامل يسوقه من الحل إلى الحرم ولا يأكل منه ويطعم لمساكين الحرم دون غيرهم ، ومحله مني إن وقف به بعرفة وإن فاته ذلك نحره بمكة [٦] .

---

(١) في (م) شبيه .

(٢) في (ق) : الغنم وهو خطأ .

(٣) اليربوع : دويبة نحو الفأرة لكن ذنبه وأذناه أطول منها ، ورجلاه أطول من يديه (المصباح المنير ص ٢١٦) .

(٤) في (م) : يريد .

(٥) ما بعد : سقطت من (ق) .

(٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/٣٢٧ - ٣٤٥ ، التفريع : ١/٣٢٨ ، ٣٢٩ ، الرسالة ص ١٨٢ ، الكافي ص ١٥٥ .

فصل [١٤ - في أن ماله مثل النعم مضمون بمثله] :

وإنما قلنا : أن ماله مثل من النعم مضمون (بمثله خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه مضمون)[١] بالقيمة[٢] لقوله عزَّ وجلَّ[٣] : ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾[٤] ، ففيه أدلة :

أحدهما : أن إطلاق المماثلة يقتضي الخلقة والصورة والجنس ، فلما قيده بأن يكون من النعم علم بأنه أراد الخلقة من هذا النوع دون غيره .

والثاني : قوله : ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾[٥] ، وهذه الكناية عائدة إلى الجزاء وهو المثل من النعم ولا ذكر للقيمة للظاهر .

والثالث : قوله : ﴿ هدياً بالغ الكعبة ﴾[٦] ، فأوجب أن يكون نفس الشيء المحكوم به هدياً بالغ الكعبة ، وهذا لا يمكن في القيمة دون أن تبدل[٧] ، وإنما يصح في المثل ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الضبع صيد وفيها كبش إذا أصابها المحرم »[٨] ، ففيه أدلة :

أحدهما : أنه عين الواجب فيها وهو الكبش ، وعند المخالف أن الواجب القيمة من غير تعيين .

والثاني : أنه صلى الله عليه وسلم جعل فيها جزاء مقدراً وعندهم لا يتقدر ، لأنه يزيد وينقص باختلاف القيم .

والثالث : أنه أوجب كبشاً وعندهم يجب تارة كبشاً ، وتارة دونه ، وتارة أكثر منه بحسب اختلاف القيمة ، ولأنه إجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان

---

(١) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٠ ، مختصر القدوري ١/٢١١ - ٢١٢ .

(٣) في (م) : تعالى .

(٤) ، (٥) ، (٦) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٧) دون أن تبدل : سقطت من (م) .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٣٥) .

وعليّ وعبد الرحمن بن عوف وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وابن مسعود وعائشة [1] رضي الله عنهم أجمعين ولا مخالف لهم [2] ، ولأنه حيوان يخرج في كفارة ، فوجب أن لا يكون على وجه القيمة كإعتاق الرقبة .

فصل [١٥ - ما لا مثال له من الصيد] :

وإنما قلنا : أن ما لا مثال له فيه حكومة : وهي وجوب قيمة لحمه لأن هذه سبيل سائر المتلفات أن المراعي فيما له مثل وجوب مثله ، فإن عدم المثل فالقيمة قائمة مقامه كالغصب وغيره ، ولأن الناس قائلان [3] : فمعتبر للقيمة في جميع الصيد ومقتصر بها على ما لا مثل له من النعم ، فقد تضمن ذلك الإجماع على اعتبار القيمة فيما لا مثل له .

فصل [١٦ - كفارة قتل الصيد على التخيير] :

وإنما قلنا : إن كفارة قتل الصيد على التخيير دون الترتيب خلافاً لما يحكيه بعض أهل الخلاف عن ابن عباس وغيره [4] من كونها على الترتيب لقوله تعالى: ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم . . . إلى قوله : أو كفارة طعام مساكين﴾ [5] ، أو عدل ذلك صياماً أو موضوعة للتخيير إذا وردت لغير الشك مثل الأمر أو إباحة جنس ، ولأن الصيغة هاهنا كهي في قوله تعالى : ﴿ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ [6] ، معلوم أن مفهومها في ذلك الموضع التخيير فكذلك هاهنا [7] في مسألتنا ، ولأنه حق لزم بإتلاف صيد كان ممنوعاً لحرمة الإحرام ، فوجب أن يكون على التخيير أصله كفارة الأذى .

---

(١) أخرج هذه الآثار : البيهقي : ٥/ ١٨١ - ١٨٢ ، والشافعي في الأم : ٢/ ١٩٠ .

(٢) انظر : المغني : ٣/ ٥٠٩ - ٥١٠ ، المحلي : ٧/ ٣٣٩ ، فتح الباري : ٣/ ٤٢١ ، المجموع : ٧/ ٤١١ ، ٤١٩ .

(٣) في (م) : رجلان .

(٤) وعن الثوري والشعبي (انظر : المحلي : ٧/ ٢٢١ ، المغني : ٣/ ٥١٩ ، ٥٢١) .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٧) هاهنا : سقطت من (ق) .

فصــل [١٧ - قصر كفارة قتل الصيد على الثلاثة أنواع فقط] :

وإنما قلنا : إنها مقصورة على هذه الأنواع الثلاثة ، وهي المثل من النعم فيما له مثل منه أو الإطعام أو الصيام أو القيمة فيما لا مثل له لأن النص ورد بحصرها على ذلك دون زيادة عليه ، واعتباراً بفدية الأذى بعلة ما قدمناه .

فصــل[١٨ - التحكيم فيما يخرجه عما قتل من النعم] :

وإنما قلنا : إنه ليس [1] له إخراج شيء من ذلك بنفسه دون التحكيم فيه لورود النص باشتراط التحكيم لقوله تعالى : ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ [2] ، ولا خلاف في ذلك [3] .

فصــل [١٩ - التحكيم يكون من اثنين] :

وإنما قلنا : إنه لا يكتفي بأقل من اثنين لقوله تعالى : ﴿ ذوا عدل منكم﴾[4]، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه دعي عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما[5] ليحكم معه على رجل قتل ظبياً وهو محرم [6] ، وكذلك دعى كعباً[7] في قصة أخرى [8]، ولأنه عدد مشترط بالنص في ما يتعلق بالتحكيم كالحكمين في

---

(١) في (م) : يجوز وهو خطأ .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٣) انظر : المغنى : ١/٥١١ - ٥١٢ ، المجموع : ٧/٤١١ ، المحلي : ٣٢٩٧ ، فتح الباري : ٣/٤٢١ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٥) رضي الله عنهما : سقطت من (ق) .

(٦) انظر : البيهقي : ٥/ ١٨١ - ١٨٢ .

(٧) كعب : بن مانع ، يكني أبا إسحق ، ويعرف بكعب الأحبار ، وهو من حمير من آل ذي رعين ، وذكر أبو الدرداء كعباً فقال : إن عند ابن الحميرية لعلماً كثيراً (طبقات ابن سعد : ٧/ ٤٤٥) .

(٨) عبد الرزاق : ٤/ ٤٣٢ ، والموطأ : ١/ ٣٥٢ .

النشوز ، ولأنه عدد منصوص عليه فيما يتعلق بتكفير لزم لنقص في الإحرام كالصيام وعدد المساكين في فدية الأذى .

فصل [٢٠ - القاتل ليس أحد الحكمين] :

وإنما قلنا : إنه لا يكون القاتل أحد الحكمين [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ [٣] ، فخاطب [٤] ، بذلك من يلزمه التحكيم فاقتضى أن يكون الحكمان غير المحكوم عليه كما قال : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ [٥] ، فاقتضى أن يكون الشاهد غير المشهود عليه ، ولأن حكم الإنسان على نفسه غير متصور ، ولأن الحكم كما يتقضي حاكماً فيقتضي [٦] محكوماً عليه غيره كاقتضائه محكوماً له غيره ، ولأن الجزاء بدل للمتلف فلم يرجع فيه إلى أمانة المتلف كتقويم المتلفات .

فصل [٢١ - تخيير الحاكمين للقاتل في نوع الجزاء] :

وإنما قلنا : إنهما يخبرانه لورود النص بذلك ، وإنما ينحتم عليه النوع الذي يكفر به بعد اختياره وحكمهما عليه بما يختاره .

فصل [٢٢ - تقويم الصيد بالطعام] :

وإنما قلنا : إن اختار التكفير بالإطعام قوّم الصيد نفسه بالطعام لا المثل خلافاً للشافعي في قوله : أن يقوم المثل [٧] لقوله تعالى : ﴿ فجزاء ما قتل من

---

(١) انظر : التفريع : ١/٢٣٢٨ ، الرسالة ص ١٨٢ .

(٢) في أصح قوليه (انظر المهذب : ١/٢١٦) .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٤) في (م) : يخاطب .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ٦٥ .

(٦) في (م) : فاقتضى .

(٧) انظر : الأم : ٢/١٨٥ ، مختصر المزني ص ٧١ .

النعم .. إلى قوله : أو كفارة طعام مساكين ﴾ [1] ، وظاهره يقتضي أن يكون الإطعام جزاء عن المقتول معتبراً به دون المثل ، ولأن المتلف هو الصيد دون المثل فوجب أن يكون هو المقوم كسائر المتلفات ، ولأن الإطعام بدل [2] عن نفس المتلف ، فوجب أن يكون معتبراً به لا بغيره أصله المثل من النعم ، ولأنه طعام مخرج في جزاء الصيد فوجب أن يكون معتبراً بقيمة الصيد كالذي لا مثل له .

فصــل [٢٣ - تقويم الصيد بالطعام دون الدراهم] :

وإنما اخترنا أن يقوَّم الصيد دون أن يقوم بالدراهم لأن الطعام بدل عن [3] الصيد فوجب أن يقع التقويم به ، وإنما يقوم بالدراهم إذا كانت هي المأخوذة في القيمة هذا هو المختار ، فإن لم يفعل وقوم الصيد دراهم ثم قومت طعاماً جاز لأن ذلك يؤول إلى معرفة القيمة من الطعام .

فصــل [٢٤ - التقويم يكون في موضع القتل] :

ويقوم بالطعام في الموضع الذي قتل [4] فيه إن كان هناك طعام يقوم بغالب طعام ذلك المكان إلا أن يكون موضعاً لا طعام فيه ولا قيمة ، فيعدل إلى أقرب المواضع إليه لأنه لا يوصل إلى معرفة قيمته بأكثر من ذلك .

فصــل [٢٥ - في كون الإطعام مداً لكل مسكين] :

وإنما قلنا : إنه يطعم لكل مسكين مداً مداً اعتباراً بسائر الكفارات أنه لا يزاد فيها على مد ، وفدية الأذى ليست بكفارة ، وإنما هي فدية وعلى أنها مخصوصة بتقدير الصيام فيها بالأيام مع التخيير في جميعها .

فصــل [٣٦ - الصيام عن كل مد يوماً] :

وإنما قلنا : إنه إن اختار الصوم صام عن كل مد يوماً خلافاً لأبي حنيفة في

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٢) في (م) : الطعام بذل .

(٣) في (م) : من .

(٤) قتل : سقطت من (ق) .

قوله : إنه يصوم عن كل مدين [1] يوماً [2] اعتباراً بكفارة الفطر في رمضان ، لأنه صيام بدل عن طعام [3] ، فوجب لحرمة عبادة ولا يدخل عليه كفارة الظهار لأنه ليس لحرمة [4] عبادة ولا فدية الأذى لأنه جعل فيه مكان أربعة أمداد يوماً ، وذلك غير معتبر هاهنا .

فصل [٢٧ - جبر كسر المد بصوم يوم كامل] :

وإنما قلنا : إنه يجبر كسر المد بصوم يوم كامل لأن إسقاط الصوم غير جائز وتبعيضه غير ممكن فلم يبق إلا جبره بالإكمال كالأَيْمَان في القسامة .

فصل [٢٨ - لزوم التحكيم فيما حكم فيه الصحابة وفيما لم تحكم] :

وإنما قلنا : إن التحكيم يلزم فيما حكمت فيه الصحابة ، وفيما لم تحكم خلافاً للشافعي في قوله : أنه يكتفي فيما حكمت فيه الصحابة بما تقدم الحكم به [5] لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء . . إلى قوله : يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ [6] فعم من الجهتين ، ولأنه صيد لزم بقتله الجزاء فلا بد من التحكيم فيه أصله ما لم تمض فيه حكومة .

فصل [٢٩ - الهدي الواجب في الجزاء] :

وإنما قلنا : إن الواجب فيه هدي لقوله تعالى : ﴿ هديا بالغ الكعبة ﴾ [7] ، ولا بد أن يساق من الحل إلى الحرم - أعني الهدي - خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : إن اشتراه من الحرم ونحوه أجزاه [8] ، لأن النبي ﷺ ساق هديه

(١) في (م) : مد وهو خطأ .
(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧١ ، مختصر القدوري : ٢١٢/١ .
(٣) في (م) : الطعام .
(٤) في (م) : بحرمة .
(٥) انظر : مختصر المزني ص ٧١ .
(٦) سورة المائدة ، الآية ٩٥ .
(٧) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .
(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٠ - ٧١ ، الأم : ١٨٤/٢ .

من الحل إلى الحرم [1] ، وكان فعله بياناً للمناسك ، ولأنه لو اشتراه في الحل ونحره هناك لم يجزه لأنه لم يجمع له الحل والحرم ، وكذلك إذا أفرده بالحرم لا يجزيه ، فإن وقف به بعرفة نحره بمِنَى ، وإن لم يقف به نحره بمكة ، لأن النحر في الحج لا يكون إلا بأحد هذين الموضعين : إما مِنَى ، أو مكة ، فإذا [2] لم يكن يوجد فيه شرط النحر كان النحر بمكة .

فصل [٣٠ - أمثال الصيد] :

فأما تفصيل أمثال الصيد من النعم : ففي النعامة بدنة ، وبذلك حكمت الصحابة لأنها [3] أشبه شيء بها من بهيمة الأنعام ، وفي حمار الوحش والإبل بقرة لأنها أقرب شبهاً به من الإبل والغنم .

وفي الغزال شاة لأنها أشبه به من الإبل والبقر وعلى هذا تجري مسائله [4] .

وفي حمام مكة شاة وفي حمام الحرم شاة ، واختلف فيه ، فقيل : هذا ، وقيل : حكومة [5] ، وفي حمام الحل حكومة ، وفي بيض النعامة عُشر ثمن البدنة ، وفي بيض الطير عُشر ثمن ما يجب في أمه ، وفي سائر الطير والوحش مما لا مثل له الاجتهاد كالأرنب واليربوع والصقر والبازي [6] ، والسمان [7] ،

---

(١) أما كونه صلى الله عليه وسلم ساق هديه من الحل إلى الحرم ، فمعلوم بالضرورة أنه حج من المدينة واعتمر منها وأصحب معه الهدي منها (الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد : ٤٨١/٥) ، وقد جاء في صحيح البخاري : « أنه صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية ، فلما كان بذي حليفة قلد الهدي وأشعره وأحرم » (كتاب الحج ، باب : إشعار البدن : ١٨٢/٢) .

(٢) في (م) : فإن لم .

(٣) في (م) : لأنه .

(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٣٣٤/١ - ٣٣٥ ، التفريع : ٣٢٨/١ ، الكافي ص ١٥٧ .

(٥) انظر : المدونة : ٣٣٥/١ ، التفريع : ٣٤٨/١ ، الكافي ص ١٥٧ .

(٦) البازي : ضرب من الصقور يستخدم في الصيد (المعجم الوسيط : ٧٦/١) .

(٧) السمان : طائر معروف .

والدراج [1] ، وغير ذلك ، ويجب في صغار الصيد الذي ليس له مثل من النعم[2] ، مثل ما يجب في كباره .

فصـل [٣١ - حمام مكة] :

وإنما قلنا : في حمام مكة شاة لحكم الصحابة بذلك [3] ، وإنما قلنا : فصلنا في حمام الحرم والحل لحرمة الحرم وكثرة الحمام بمكة وتأكيد [4] حرمتها .

وإما قلنا : إن في بيض النعامة عُشر من البدنة خلافاً للشافعي [5] في قوله : أن الواجب فيه قيمة البيضة ، لحكم الصحابة بذلك ، واعتباراً بالجنين أن فيه عُشر ما يجب في أمه .

وإنما قلنا : إن فيما سوى ذلك الاجتهاد لأنه لا مثل له من النعم فلم يبق إلا الاجتهاد .

فصـل [٣٢ - في صغار الصيد] :

وإنما قلنا : إن في صغار الصيد من المثل من النعم مثل ما في كباره خلافاً للشافعي في قوله [6] أن في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيلاً ، وفي حمار الوحش بقرة ، وفي سخله عجلاً ، لقوله تعالى [7] : ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ [8] ، فلو تركنا هذا لقلنا في الصغر والكبر والصورة ، فلما قال : ﴿هدياً بالغ الكعبة ﴾ [9] ، اقتضي ما يتناوله اسم الهدي نحو الإطلاق ، وذلك

---

(١) الدراج : ضرب من الطير (الصحاح : ١/ ٣١٤) .

(٢) مثل من النعم : سقطت من (م) .

(٣) انظر : البيهقي : ٥/ ٢٠٥ - ٢٠٦ ، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وابن عباس وابن المسيب رضي الله عنهم جميعاً .

(٤) في (م) : تأبيد .

(٥) انظر : الأم : ٢/ ١٩١ .

(٦) انظر : الأم : ٢/ ١٩٠ ، مختصر المزني ص ٩٥ .

(٧) في (م) : عَزَّ وجَلَّ .

(٨) ، (٩) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

يقتضي الهدي التام لأمرين : أحدهما : أن الصحابة قالت : الهدي بدنة أو بقرة وأدناه شاة [(١)] ، فعمت جنس الهدي فلم يبق هدي إلا ما هذا وصفه .

والآخر أن من قال لله عليَّ هدي لزمه هدي تام لا صغير ولأنه حيوان مخرج باسم الكفارة ، فلم يختلف باختلاف أصله الرقبة في كفارة القتل والظِهار ، ولأنه دم وجب لمعنى محظور في الإحرام ، فوجب أن يكون دماً تاماً كاملاً أصله نسك الأذى ، ولأنه دم لا يجوز نحره في غير الحرم فلم يجز فيه الصغير أصله دم المتعة والقِران .

فصـل [٣٣ - ما يجوز للمحرم قتله] :

وللمحرم قتل الحية والعقرب والفأرة والزنبور [(٢)] من غير خلاف [(٣)] ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح : فذكر الحية والعقرب والفأرة والكلب العقور » [(٤)] ، وفي حديث ابن مسعود قال : كنا مع النبي ﷺ ليلة عرفة [(٥)] ، فخرجت حية فقال : « اقتلوا ، اقتلوا » فسبقتنا [(٦)] .

فصـل [٣٤ - قتل السباع العادية المبتدئة بالضرر] :

وله عندنا قتل السباع العادية المبتدئة بالضرر من الوحش والطير مثل : الأسد

---

(١) قاله ابن عباس : ما استيسر من الهدي جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم أخرجه البخاري في الحج ، باب : فمن تمتع بالعمرة إلى الحج : ٢/ ١٨٠ .

(٢) الزنبور : حشرة أليمة اللسع (المعجم الوسيط : ١/٤٠٢) .

(٣) انظر : المجموع : ٧/ ٣٤١ ، المغني : ٣/ ٣٤١ .

(٤) أخرجه البخاري في الحج ، باب : ما يقتل المحرم من الدواب : ٢/ ١٢٣ ، ومسلم في الحج ، باب : ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب : ٢/ ٨٥٨ .

(٥) عرفة : سقطت من (ق) .

(٦) أخرجه البخاري في جزاء الصيد ، باب : ما يقتل المحرم من الدواب : ٢/ ٢١٢ .

والذئب والنمر والفهد والكلب العقور وما أشبهها ولا جزاء عليه [1] ، ومن الطير : الغراب والحدأة [2] .

ووافقنا أبو حنيفة في الذئب والكلب العقور ، ويخالفنا في السبع والفهد والنمر وغيرها من السباع ، فقال : لا يقتل شيئاً من ذلك ، وإن قتله فداه [3] .

وقال الشافعي : كل ما لا يؤكل لحمه من الصيد فلا فدية فيه إلا في السِّمْع وهو المتولد بين الذئب والضبع [4] ، فدليلنا على أبي حنيفة ما رواه [5] أبو سعيد أن النبي ﷺ سُئل : ما يقتل المحرم ؟ فذكر : الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادي ، وقوله : « خمس ليس على المحرم في قتلهن جناح فذكر الكلب العقور » [6] ، واسمه يعم الأسد وغيره ، ولأنه لما أبيح قتل الكلب العقور والذئب وسقط الجزاء فيه للضرر الواقع منه [7] ، وابتداؤه بالعدو والفرس ، وكان الأسد أدخل في هذه المعاني من كل ما عداه وضرره أشد كان بإباحة القتل أولى ، ولأن بما فيه من الصيد لا يضمن إلا بأحد وجهين : إما بمثله في الخلقة أو بكمال قيمته ، وكل ذلك معدوم في السبع لأن المخالف لا يراعى المثل في الخلقة ولا يوجب فيه كمال القيمة لأنه يقول : إن زادت قيمته على قيمة شاة لم يجب كمالها ، فدل على أنه لا يضمن بالقتل .

ودليلنا على وجوب الجزاء في الصقر والبازي والثعلب وكل متوحش لا يؤكل لحمه خلافاً للشافعي [8] ، لقوله تعالى : ﴿ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٣٣٤ - ٣٣٥ ، التفريع : ١/ ٣٢٤ ، الرسالة ص ١٨٠ .

(٢) الحدأة - مهموز مثل عِنَبَة - : طائر خبيث (المصباح المنير ص ١٢٥) .

(٣) انظر : مختصر القدوري : ١/ ٢١٤ - ٢١٥ .

(٤) انظر : الأم : ١/ ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٥) في (م) : روى .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) في (م) : عنه .

(٨) انظر : الأم : ١/ ٢٠٨ - ٢٠٩ .

حرماً ﴾ [1] ، وقوله : ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ [2] فعم ، ولأنه حيوان بري ممتنع لا يبتديء بالضرر غالباً ، فكان مضموناً بالجزاء أصله الضبع [3] .

* * *

(١) سورة المائدة ، الآية : ٩٦ .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

(٣) في (م) : السبع .

باب : أضرب الحج

الإحرام على ثلاثة أضرب : إفراد [1] وتمتع [2] وقِران [3] :

فالإفراد : هو أن يحرم بالحج على انفراده من غير إضافة العُمرة إليه ، أو بالعُمرة على انفرادها من غير أن يجمع بينها وبين الحج في عقد الإحرام ويعرى من صفة التمتع ، (ولا يتبين وصفه على الحقيقة إلا بعد أن يتبين صفة القِران والتمتع) [4] ، فيعلم أن الإفراد هو ما يعرى عن صفاتهما .

فأما القِران : فعلى وجهين : أحدهما أن يبتدىء الإحرام بالعُمرة والحج معاً في حال واحد ينوي بقلبه ويعتقد أنه داخل فيهما : مقدماً للعُمرة في نيته من غير اعتبار بلفظه ، فهذا يكون قارناً إذا فعل ذلك بالنية والعقد دون الفعل لأن فعله [5] لا يزيد على فعل المُفرِد في الطواف والسعي والفدية وجزاء الصيد ، ولا يؤثر قرانه في زيادة على فعل المفرد ، وإنما يؤثر في المفرد يكون فعله للحج وحده ، والقِران يكون فعله للعبادتين ، ويلزمه الهدي لقرانه إذا لم يكن مقيماً بمكة متوطناً [6] على ما سنذكره .

---

(١) إفراد الحج : هو أن يحرم بنية الحج فقط (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٠٦) .

(٢) التمتع : هو إحرام من أتم ركن عمرته ، ولو بآخر شرط في أشهر الحج لحج عامه (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٠٦ - ١٠٧) .

(٣) القِران : هو الإحرام بنية العُمرة والحج (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٠٦) .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٥) في (م) : الفعل .

(٦) في (م) : مستوطناً .

والضرب الآخر : أن يبتديء الإحرام بالعُمرة [١] مفرداً ثم يضف الحج إليها، ومعنى ذلك أن يجدد اعتقاداً أنه قد شرك [٢] بينها وبين الحج في ذلك الإحرام ، فهنا يكون قارناً كالمبتديء بعقد الإحرام لهما .

واختلف أصحابنا في الوقت الذي يكون له ذلك فيه [٣] : فقيل ذلك له ما لم يشرع في الطواف ، فإن شرع فيه ولو شوطاً واحداً ، فقد فاته القِران ، وقيل : ما لم يطف ويركع ويكره له [٤] بعد الطواف وقبل الركوع ، فإن فعل لزمه ، فأما بعد الركوع فقد فاته - دخل في السعي أو لم يدخل - وقيل له ذلك ما بقي عليه شيء من عمل العُمرة من طواف أو سعي ، واتفق على أنه إذا فرغ من السعي وبقى عليه الحلاق فقد فاته القِران ، وإذا [٥] قرن بعد الفوات على الاختلاف فيه ، وقد بقى عليه من عمل العُمرة ، فقد اختلف في لزوم الحج له بعد فراغه من العُمرة وتحلله : فقيل يلزمه الحج مبتدئاً بالإحرام ، وقيل : لا يلزمه، وتحرير القول في صفته : أن يشرك غير المكي بين العُمرة والحج في إحرام واحد مقدماً للعمرة عقداً أو إردافاً على الاختلاف الذي ذكرناه في وقته ، هذا على[٦] قول مالك وأكثر أصحابنا ، وأما عبد الملك فعنده أن القارن من أهل مكة عليه دم القِران ، فلا معنى لاشتراط كونه من غير أهل مكة على قوله [٧] ، ولسنا نريد باشتراطنا أن يكون غير مكي أن المكي إذا قرن على الصفة التي ذكرناها لم يكن قارناً ، لأن ذلك رفع الوجوب [٨] ، وإنما نريد أنه ليس له حكم القارن في وجوب الدم بالقِران - هذا الكلام في صفة القِران - .

---

(١) العُمرة : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : أشرك .

(٣) انظر : التفريع : ١/٣٣٥ ، الرسالة ص ١٨١ ، الكافي ص ١٤٩ - ١٥١ .

(٤) في (ق) : ذلك .

(٥) في (م) : فإن .

(٦) على : سقطت من (ق) .

(٧) في (ق) : على قولنا .

(٨) في (م) : دفع الوجوب .

فأما التمتع : فأصله الذي أخذ [١] منه الجمع بين العُمرة والحج في سفر واحد فسمي ذلك متمتعاً لإسقاط أحد السفرين وتمتعه بذلك ، وله شروط ستة :

أحدها : ما ذكرناه أن يجمع بين العُمرة والحج في سفر واحد لأنه إن عاد إلى بلده بعد تحلله من عمرته أو مثل بلده في المسافة ثم سافر بالحج من عامه لم يكن بمتمتع لأنه لم يتمتع بإسقاط أحد السفرين .

والثاني : أن يكون ذلك في عام واحد ، فإن حلَّ من العُمرة فأقام إلى قابل ثم حج فليس بمتمتع ، وإن كان السفر واحداً .

والثالث : أن يفعل العُمرة أو شيئاً منها في أشهر الحج ، فلو حل منها قبل دخول شوال ثم أنشأ الإحرام بالحج من عامه في سفره ذلك لم يكن متمتعاً وليس من شرطه أن يبتديء الإحرام بالعُمرة في أشهر الحج بأن يكون متمتعاً - وإن أحرم بها قبل أشهر الحج [٢] إذ أتمها في أشهره - .

والرابع : أن يقدم العُمرة على الحج ، فإن قدم الحج ثم أحرم بالعُمرة بعد فراغه منه في عامه [٣] ذلك فليس بتمتع .

والخامس : أن ينشيء الإحرام بالحج بعد فراغه من العُمرة وإحلاله منها ، فإن كان بخلاف ذلك كان قارناً على ما قدمناه [٤] من بيان الأرداف [٥] ، ولم يكن متمتعاً .

والسادس : أن يكون وطنه غير مكة من سائر الآفاق من الحرم أو الحل ، فإن كان من مكة نفسها فليس بمتمتع ، هذا جملة القول في حصر شروطه ، فإذا ثبت

---

(١) في (ق) : أوخذ .

(٢) في (ق) : أشهره .

(٣) في (م) : في سفره .

(٤) في (م) : ما بيناه .

(٥) الإرداف : هو أن يحرم بالعُمرة ويدخل عليها الحج قبل الطواف (مواهب الجليل : ٢/ ٣١٠) ، ويعني به أن العُمرة لا ترتدف على الحج .

بما ذكرناه بيان صفة القِران والتمتع [1] ، فالإفراد هو الإحرام العاري عن صفاتهما [2] ، ونحن ندل على جميع ذلك [3] .

فصـل [١ - حصر الإحرام في هذه الأقسام الثلاثة] :

وإنما حصرنا قسمة [4] الإحرام على هذه الأقسام الثلاثة ، لأنه لا يتوهم خلوه من أحدها ولا يتصور وقوعه على وجه زائد عليها ولا ورود [5] شرع بذلك كاف في الاستدلال عليه .

فصـل [٢ - دليل القِران] :

وإنما قلنا : إن القِران جائز لفعل الصحابة [6] والسلف له ، وإجماعهم على جوازه من غير خلاف بينهم فيه [7] .

فصـل [٣ - الجمع بين العُمرة والحج في القِران] :

وإنما قلنا : إنه يجمع بين العُمرة والحج في إحرام واحد ، لأن ذلك فائدة وصفه بأنه قِران ، ولأنه لو أفرد كل واحد منهما بإحرام لم يكن قارناً ، وكان لكل عبادة حكم نفسها في استغنائها عن الأخرى .

فصـل [٤ - القارن لا يزيد على فعل المفرد] :

وإنما قلنا : إنه لا يزيد على فعل المفرد خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن عليه

---

(١) في (م) : المتمتع .

(٢) أي ما عرى من صفة التمتع والقِران .

(٣) في جملة أحكام الإحرام بأنواعه الثلاث انظر : المدونة : ١/ ٣١٢ - ٣١٨ ، التفريع: ١/ ٣٣٥ - ٣٣٦ ، الرسالة ص ١٨١ ، الكافي ص ١٤٩ - ١٥١ .

(٤) في (ر) : صفة .

(٥) في (م) : ورد .

(٦) وهذا معلوم بالتواتر عنهم .

(٧) انظر : شرح المسلم - للنووي : ٥/ ٢٥٠ ، المغني : ٣/ ٢٨٤ .

طوافين وسعيين [1] لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها : « طوافك بالبيت وسعيك بين الصفا والمروة يكفيك لحجك وعمرتك » [2] ، وروي إسماعيل بن إسحق [3] (يجزيك) [4] ، وهذا نص لأن عند أبي حنيفة لا يقع به إجزاء ولا كفاية ، ولأنه نسك يؤتي به في الحج والعُمرة معاً ، فوجب أن يكتفي القارن منه بواحد أصله الحلاق ، ولأن العُمرة لو كانت لا تدخل في أفعال الحج لم يجز الجمع بينهما لأن كل عبادتين لا تتداخلان ، فالجمع بينهما غير جائز كالصلاتين والحجتين ، فلما أجاز الجمع بينهما علمنا أنهما تتداخلان كالطهارة .

فصـل [٥ - جزاء ما يقتله القارن من الصيد] :

وإنما قلنا : إنه إذا قتل صيداً كفاه جزاء واحد ، وكذلك فدية واحدة في التطيب واللباس والحلق وغيره من ممنوعات الإحرام ، وهدي واحد للفساد خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن عليه في كل ذلك جزائين وفديتين [5] .

والأدلة هاهنا مفروضة في جزاء الصيد وما عداه يلحق به بالإجماع على أنه لا فرق بينهما لقوله تعالى [6] : ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء ﴾ [7] ، فأوجب على قاتل الصيد جزاء واحد ، ولم يفرق بين أن يكون قارناً أو مفرداً ، ولأنهما

---

(١) انظا : مختصر الطحاوي ٦٠ - ٦١ ، مختصر القدوري : ١٩٦/١ - ١٩٧ .

(٢) أخرجه مسلم في الحج ، باب : بيان وجوه الإحرام : ٨٧٩/٢ .

(٣) **إسماعيل بن إسحاق** : هو أبو إسحق إسماعيل بن حماد ، تفقه بابن المعذل ، وسمع من ابن أبي أويس ألف المبسوط ، وأحكام القرآن وغيرها (ت ٢٨٢ هـ ، بغداد (ترتيب المدارك : ٢٧٨/٤ ، الديباج : ٣٤٩/١) .

(٤) والحديث أخرجه مسلم في الحج ، باب : بيان وجوه الإحرام : ٢/ ٨٨٠ ، بلفظ : « يجزي عنك » .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧١ .

(٦) تعالى : سقطت من (ق) .

(٧) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .

حرمتان لو انفردت كل واحدة منهما بقتل الصيد فيها للزمه الجزاء لها [١] ، فإذا اجتمعتا كفاه لها جزاء واحداً أصله المحرم إذا قتل صيداً في الحرم ، ولأنه إحرام واحد [٢] ، قتل فيه صيداً واحداً فلزم فيه جزاء واحد كإحرام المفرد .

فصل [٦ - متى يتحقق القِران ؟] :

وإنما قلنا : إنه يكون على الوجهين اللذين [٣] ذكرناهما ، لأن ذلك مروي عن السلف على هذا الوجه دون غيره فقصرناه لذلك عليه ، ووجه القول بأن ذلك له ما لم يشرع في بعض الطواف ، فإن شرع في شيء منه فقد فاته القِران إن كان شروعه فيه على وجه يستحق إتمامه على ذلك الوجه ، فليس له نقله إلى غيره لأن في ذلك نقصاً لما أوجبه على نفسه ونقصاً مما ألزم [٤] نفسه إكماله ، وذلك غير جائز ، ويفارق الطواف الإحرام لأن الإحرام ابتداء يراد لما بعده ، فإذا لم يشرع في مقصوده وسع له أن يقصر إرادته به على أحدهما أو عليهما .

فصل [٧ - هل يصح القِران إذا تم الإرداف بعد الطواف ؟] :

ووجه القول بأن ذلك له ما لم يكمل طوافه وركوعه ، فلأن الطواف ما لم يكمل فلم يتقرر حكمه ولم يأت بركن من أركان العمرة فلم يمنعه ذلك من إضافة الحج إليها ، فإذا فرغ من الطواف (لم يكن له ذلك لأن السعي قد لزمه عقيبه على الوجه الذي فعل عليه الطواف) [٥] ، فليس له نقله إلى غيره ، فأما إذا طاف ولم يركع فيكره له ذلك لأن الركوع لاتصاله بالطواف ومنع تراخيه عنه وتبعه له كأنه جزء منه .

---

(١) في (م) : لهما .

(٢) واحد : سقطت من (ق) .

(٣) في (ق) : الذين .

(٤) لما لزم : في (م) .

(٥) ما بين قوسين سقطت من (م) .

وليس كذلك السعي لأنه وإن جمع هذه الأمور ، فله حكم في نفسه [1] في الوجوب وكونه ركناً فهو في هذا المعنى مساوٍ للطواف غير تابع ، فإن فعل لزمه لأن الطواف قائم بنفسه في الحقيقة عدا الركوع بخلاف بعض أشواطه ، ووجه القول بأن له ذلك ما بقي عليه شيء من عمل العمرة من بعض الطواف أو السعي هو أنه أردف الحج على عُمرة قد أحرم بها ولم يتحلل منها ، فكان قارناً أصله إذا أردفه قبل الطواف .

فصــل [٨ - هل يلزمه الحج إذا وقع الإرداف على وجه غير جائز ؟] :

فإذا قيل [2] : تلزمه حجة بعد الفوات ، فلأنه أردف حجاً على عُمرة ولم يتحلل منها فتضمنه هذا الإرداف نسكين [3] : أحدهما : الحج على نفسه ، والآخر : تداخل العملين ، فلما لم يصح تداخل العملين بطل الأرداف [4] ، ولم يبطل الإيجاب لأن بطلان غرضه لا يوجب بُطلان أصله ألا ترى أن من أحرم لحج ثم فاته لم يجز أن يسقط عنه عمل العُمرة لفوات غرضه ، وإذا قلنا : أنه لا يلزم فلأنه أردف إحدى العبادتين على الأخرى على وجه لا يصح له ، فلم يلزمه حكم يفعله أصله إذا أردف حجاً على حج أو عمرة على عمرة أو عمرة على حج .

فصــل [٩ - إرداف العُمرة على الحج] :

وإنما قلنا : إنه إذا أردف عُمرة على حج ، فإنه لا يلزمه ولا يكون قارناً لأنه لا يستفيد بهذا الإرداف زيادة فعل إذ لا يفيد هذا الإرداف شيئاً لم يكن عليه بالإحرام [5] الأول ، فلم يكن له معنى .

---

(١) في : سقطت في (م) .

(٢) في (م) : قلنا .

(٣) في (ق) و (ر) : شيئين .

(٤) في (ق) : الترادف .

(٥) في (م) : الإحرام .

فصـل [١٠ - إرداف حج على حج] :

وإنما قلنا : إنه إذا أردف حجاً على حج أو أحرم بحجتين معاً ، فلا يلزمه خلافاً لأبي حنيفة (١) للمعنى الذي ذكرناه ، وهو أنه لا يستفيد به شيئاً ولا يتسع الوقت لأدائهما فعلاً فلم يلزم ، ومتى فعل ذلك كان محرماً بواحدة منهما (٢) .

فصـل [١١ - القارن من أهل مكة لا دم عليه] :

ووجه قول مالك : إن القارن من أهل مكة لا دم عليه لأنه لم يلزمه في الأصل سفران ، فيسقط أحدهما فيلزمه الدم لذلك ، وهذا المعنى هو الأصل في لزوم الدم على القارن ، ووجه قول عبد الملك : أنه قد أسقط أحد العملين أتى بأحدهما وهذا يستوي فيه المكي وغيره ، وبذلك فارق المتمتع (٣) لأن ما له وجب الدم على غير المكي معدوم في المكي وهو تمتعه بإسقاط أحد السفرين .

فصـل [١٢ - المتمتع يجمع بين العُمرة والحج في سفر واحد] :

وإنما شرطنا في المتمتع أن يجمع بين العُمرة والحج في سفر واحد ، لأن ذلك هو المعنى الذي له سمي متمتعاً ، وهو تمتعه بإسقاط أحد السفرين لأنه كان عليه في الأصل أن ينشيء سفراً للحج وسفراً للعُمرة ، فلما جمع بينهما في سفر واحد ترفه بذلك ، وتمتع بإسقاط أحدهما فلزمه الدم بذلك .

فصـل [١٣ - المعتمر يرجع إلى أفقه ثم يحج من عامه] :

وإنما قلنا : إنه إذا رجع إلى أفقه أو مثله في البعد ثم حج من عامه ، فليس بمتمتع خلافاً لما يحكي عن الحسن (٤) لأن ما قلناه مروي عن ابن عمر (٥) ، ولا

---

(١) شرح فتح القدير : ٢/ ٢٩٠ .

(٢) منهما : سقطت من (م) .

(٣) في (ق) : التمتع .

(٤) واختاره ابن المنذر كذلك : المغني : ٣/ ٤٧١ .

(٥) وروي كذلك عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « إذا اعتمر في أشهر الحج ، ثم قام فهو متمتع ، فإن خرج ورجع فليس بمتمتع » ، مصنف ابن أبي شيبة : ٤/ ٥٤ ، المحلى : ٧/ ١٥٩ .

مخالف له ، ولأنه لم يحصل منه تمتع لأنه قد أتى بالسفرين على ما كان عليه في الأصل ، ومجرد فعل العُمرة في أشهر الحج لا يكون تمتعاً إلا إذا كان تابعاً للترفه بالسفر .

فصـل [١٤ - وجه اشتراط رجوعه إلى أفقه أو إلى مثله في البعد] :

وإنما راعينا في الرجوع أن يكون إلى أفقه أو إلى مثله في البعد خلافاً للشافعي في قوله : إنه إذا رجع إلى الميقات وأحرم بالحج لم يكن متمتعاً [١] ، لأن التمتع هو الترفه بإسقاط أحد السفرين ، فيجب أن يعتبر موضع السفر ، فإن وجد مترفاً فيه بإسقاط أحدهما ، فقد وجد فيه معنى التمتع (وقد علمنا أن البغدادي إذا أحرم بالعُمرة في أشهر الحج وحل منها ثم خرج إلى ذات عرق أو إلى الطائف أو غيرها ثم أحرم فلم يزل عنه الترفه والتمتع) [٢] ، لأنه قد جمع بين العُمرة والحج في سفر واحد ، وإن هذا القدر لا تأثير له في المشقة عندما كان عليه في الأصل فصح ما قلناه .

فصـل [١٥ - التمتع بحج من عامة الذي اعتمر فيه] :

وإنما شرطنا أن يحج من عامه لأن ذلك (مبني على أن يجمع بين العُمرة والحج في أشهر الحج ، فهذا لا يكون إلا إذا كان في عام واحد لأنه إذا كان في عامين لم يكن معتمراً في أشهر الحج الذي أتى به .

فصـل [١٦ - المتمتع يأتي بالعُمرة في أشهر الحج] :

وإنما شرطنا أن يأتي بالعُمرة في أشهر الحج لأن ذلك) [٣] معنى التمتع ، ولأن أصل الرخصة به تعلقت وهي إيقاع العُمرة في أشهر الحج الذي هو أولى بها لأن العرب كانت ترى ذلك تجوزاً ، ولذلك راجعوه صلى الله عليه وسلم لما أمرهم أن يحلوا بعمرة [٤] وإن ثبت ذلك تعلق وجوب الدم بهذه الرخصة .

---

(١) انظر : المهذب : ١/٢٠١ .

(٢) ، (٣) ما بين قوسين : سقطت من (ق) .

(٤) فقد قالوا : كيف نجعلها متعة وقد سمينا الحج ؟ ، فقال : « افعلوا ما أمرتكم به =

فصــل [١٧ - ابتداء الإحرام للعُمرة] :

وإنما لم يشترط [١] أن يبتديء الإحرام بها في أشهر الحج خلافاً للشافعي في أحد قوليه ، لأن فعل العُمرة في أشهر الحج حاصل منه ، كما لو ابتدأ الإحرام بهما في أشهر الحج ، ولأن الغرض ليس هو استيفاء جميع عملها ، وإنما هو عمل غير الحج في أشهره سواء كان جميع العبادة أو بعضها .

فصــل [١٨ - تقديم العُمرة على الحج للمتمتع] :

وإنما شرطنا أن يقدم العُمرة على الحج لقوله تعالى : ﴿ فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج [١] ﴾ [٢] ، فيبدأ بالعُمرة في الفعل ، ولأن من شرط التمتع أن يجمع بينهما في أشهر الحج ، وذلك يتضمن تقدم العُمرة لأن فراغه من الحج هو بتقضي [٣] شهره [٤] إن قلنا : إن أشهر الحج تنقضي بعد العشر ، وإن قلنا : إنها إلى آخر ذي الحجة فلأن الرُخصة تعلقت بأن يأتي بالعُمرة في أشهر الحج في الوقت الذي هو أولى أن يحرم فيه بالحج ، وهذا لا يتصور بعد الفراغ فلذلك قلنا : أنه لا بد من تقديمها على الحج .

فصــل [١٩ - الإحلال من العُمرة ثم إنشاء إحرام الحج] :

وإنما شرطنا أن يحل منها ثم ينشيء إحراماً بالحج لوجوب الفصل بين صفة التمتع والقِران وليس ذلك إلا بالفصل بين الإحرام بهما ، لأنه إن أحرم بهما معاً أو أردف الحج على العُمرة صار قارناً وزال الفصل بينهما .

= فلولا أنى سقت الهدي لفعلت مثل الذي أمرتكم به » أخرجه البخاري في الحج ، باب: تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت : ٢/١٧١ ، ومسلم في الحج ، باب : بيان وجوه الإحرام ... إلخ (٢/٨٨٣) .

(١) إلى الحج : سقطت من (ق) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٣) في (م) : يقتضي .

(٤) في (م) : أشهر الحج .

فصـل [٢٠ - المتمتع من غير أهل مكة] :

وإنما [١] شرطنا أن يكون من غير أهل مكة لقوله تعالى : ﴿ لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ﴾ [٢] ، وهذا نص ، ولأن التمتع مأخوذ من الترفه بإسقاط أحد السفرين ، وذلك لا يتصور إلا في غير المكي .

فصـل [٢١ - في حاضري المسجد الحرام] :

وإنما قلنا : إن حاضري المسجد الحرام هم : أهل مكة نفسها دون من عداهم خلافاً لأبي حنيفة (في قوله : من كان دون المواقيت إلى مكة [٣] ، وللشافعي في قوله : إنهم من كان من الحرم على مسافة لا يقتصر فيها الصلاة [٤] ولغيرهما) [٥] في قوله : أنهم أهل الحرم [٦] ، لقوله تعالى : ﴿ لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ﴾ [٧] ، وحاضر الشيء لا يحتاج إلى تكلف مسير إليه من قطع مسافة للحصول فيه ، وذلك مقصور على أهل مكة فقط ، ولأن كل موضع ليس بمكة فأهله لا يوصفون بأنهم حاضروا المسجد الحرام كالمدينة والعراق .

فصـل [٢٢ - حكم التمتع] :

وإنما قلنا : إن التمتع جائز لقوله تعالى : ﴿ فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي ﴾ [٨] ، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم تمتعوا وقرنوا

---

(١) في (م) : إذا .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٠ .

(٤) انظر : المجموع : ٧/ ١٦٢ .

(٥) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٦) حكاه ابن أبي شيبة عن طاوس قال : ليس حاضري المسجد الحرام إلا أهل الحرام (مصنف ابن أبي شيبة : ٤/ ٨٤) .

(٧) ، (٨) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

وأفردوا [(١)] ، واختلف في حج النبي صلى الله عليه وسلم ، وإن كان الظاهر أنه أفرد [(٢)] .

فصـل [٢٣ - في تمتع المكي] :

ويجوز للمكي [(٣)] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ليس له ذلك [(٤)] لعموم الظاهر ، ولأن كل من جاز له الإفراد جاز له التمتع والقِران أصله غير المكي وقد دلّلنا [(٥)] أنه لا دم عليه خلافاً لأبي حنيفة .

فصـل [٢٤ - أفضل أنواع الإحرام] :

فإذا ثبت ما ذكرناه فالإفراد أفضل من التمتع والقِران والتمتع أفضل من القِران[(٦)] ، وإنما قلنا : إن الإفراد أفضل من الأمرين خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنهما أفضل منه [(٧)] ، وللشافعي في قوله : إن التمتع أفضل من الإفراد [(٨)] ، لأن النبي ﷺ أفرد بالحج [(٩)] ، ورواية عائشة رضي الله عنها [(١٠)] أرجح من

---

(١) كما جاء في حديث عائشة : « فأهل رسول الله ﷺ : بحج وأهل به ناس معه ، وأهل ناس بالعُمرة والحج وأهل ناس بعمرة وكنت فيمن أهل عُمرة » أخرجه مسلم في الحج، باب : بيان وجوه الإحرام : ٢/ ٨٧١ ، والبخاري في الحج ، باب : التمتع والقِران والإفراد بالحج ، ومالك في الموطأ : ١/ ٣٣٥ .

(٢) انظر : حديث عائشة الذي سبق ذكره .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٣٠٠ ، التفريع : ١/ ٣٤٨ ، الرسالة ص ١٨١ ، الكافي ص ١٤٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٠ - ٦١ ، مختصر القدوري : ١/ ٢٠٠ - ٢٠١.

(٥) في (ق) : دليلنا .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٣٣٥ ، الرسالة ص ١٨١ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦١ ، مختصر القدوري : ١/ ١٩٦ - ١٩٨ .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ٦٣ - ٦٤ ، الإقناع ص ٨٣ .

(٩) سبق تخريج الحديث قريباً .

(١٠) رضي الله عنها : سقطت من (ق) .

رواية غيرها ، ولأن الأفضل أن يؤتي بالعبادة منفردة بنفسها من غير خلط لها بغيرها ، ولأن القِران والتمتع يتضمنان من الرخص ما يوجب النقص والجبران من إيقاع العُمرة في أشهر الحج والترفه بإسقاط أحد السفرين وجعل الفعلين[1] واحداً ، وكل ذلك نقص يوجب جبراناً ، والعبادة التي لا نقص فيها ولا تحتاج إلى جبران (أفضل مما خالفها .

فصل [٢٥ - دم التمتع والقِران جبران] :

وإنما قلنا : إن الدم الواجب بالتمتع والقِران جبران)[2] ، لأنه دم يختص وجوبه بالإحرام فوجب أن يكون لنقص وجبران أصله دم الجزاء ونسك الأذى ، ولأنه دم يجب بترك الميقات ، وكان كالدم على من جاوز الميقات .

فصل [٢٦ - وجه أن التمتع أفضل من القِران] :

وإنما قلنا : إن التمتع أفضل من القِران لأنه يأتي بالعملين على تمامهما ، ولأن المعاني الموجبة للدم في القِران أكثر منها في التمتع ، وكل ما قل ما يقتضي النقص كان العمل أفضل .

فصل [٢٧ - في أن الدم واجب بالتمتع والقِران] :

إذا ثبت ما ذكرناه أن التمتع والقِران نقص في الإحرام ، فالدم واجب بها[3] لقوله تعالى : ﴿ فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي ﴾[4] ، (وقالت عائشة رضي الله عنها : أهدي رسول الله ﷺ عن نسائه البقر وكن متمتعات[5] .

---

(١) في (ر) : العملين .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٣٠٠ - ٣٠١ ، التفريع : ٣٤٨/١ ، الرسالة ص ١٨١ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٥) أخرجه البخاري في الحج ، باب : ذبح الرجل البقر عن نسائه : ٢/ ١٨٥ ، ومسلم في الحج ، باب : الاشتراك في الهدي : ٩٥٦/٢ .

فصـل [٢٨ - الجمع في الهدي بين الحل والحرم] :

وهذا الدم هدي لقوله تعالى : ﴿ فما استيسر من الهدي ﴾ [١]) [٢] ، ولا بد فيه من الجمع بين الحل والحرم [٣] خلافاً للشافعي [٤] ، لأنه صلى الله عليه وسلم ساق هديه من الحل إلى الحرم فوقف به بعرفة ثم أدخله الحرم ونحره [٥] وقال : « خذوا عني مناسككم » [٦] ، ولأن اسم الهدي مأخوذ من الهدية والإهداء ، فيجب أن يهدي من غير الحرم إلى الحرم ، ولأن المحرم لما كان يجمع في إحرامه بين الحل والحرم ، فكذلك في هديه لأن الهدي له محل كما أن الإحرام له محل .

فصـل [٢٩ - في نحر الهدي قبل يوم النحر] :

ولا يجوز نحر هدي التمتع والقِران قبل يوم النحر [٧] خلافاً للشافعي [٨] لقوله تعالى : ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ﴾ [٩] ، وقد ثبت أن الحلاق لا يجوز قبل يوم النحر ، فدل على أن الهدي لا يبلغ محله إلا يوم النحر والظاهر لاستغراق الجنس ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عُمرة » [١٠] ، ولو كان النحر

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) انظر : التفريع : ١/٣٣٦ ، الرسالة ص ١٨١ .

(٤) انظر : الأم : ٢/١٨٤ ، المهذب : ١/٢٣٦ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ٥٤٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٧) .

(٧) انظر : التفريع : ١/٣٣٤ ، بداية المجتهد : ٥/٤٨١ .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ٧٤ .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(١٠) أخرجه البخاري في الحج ، باب : التمتع والإقران : ٢/١٥٣ .

جائزاً قبل يوم النحر لم يتأسف على ذلك لأنه وقت لا يتحلل فيه كما قبل الإحرام .

فصـل [٣٠ - فيمن لم يجد الهدي] :

وإن لم يجد الهدي صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع لورود النص (١) بذلك ، ووقت الصوم من بعد الإحرام بالحج إلى يوم عرفة (٢) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أن يصوم عقيب إحرامه العُمرة (٣) ، لقوله تعالى : ﴿ فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج ﴾ (٤) ، ومن لم يحرم بالحج فليس بمتمتع ، ولأن قوله في الحج يقتضي أن يكون بعد التلبس بالحج ، ولأنه صوم علق وجوبه بشرط فلم يجز تقديمه قبل وجود (٥) شرطه أصله الكفارة ، ولأنه جبران للتمتع كالهدي .

فصـل [٣١ - صوم أيام مِنَى] :

فإن فاته ذلك كله صام أيام مِنَى ، وقد ذكرناه في كتاب الصوم ، وإن فاته صوم أيام مِنَى صام بعدها قضاء (٦) ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا يصومها ويستقر الهدي في ذمته (٧) لأنه صوم واجب فجاز أن يفعل أداء وقضاء أصله صوم رمضان وكفارة الظِهار ، ولأن الصوم معنى يسقط به ما لزم بتمتعه فلم يمتنع فعله بعد خروج وقته أصله الهدي ، لأنه لو أخره عن وقته للزمه نحره بعد الوقت .

---

(١) في قوله تعالى : ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم ﴾ [سورة البقرة ، الآية : ١٩٦] .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٣٣٤ ، الرسالة ص ١٨١ .

(٣) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٩٧ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٥) في (م) : وجوب .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٣٣٤ ، الرسالة ص ١٨١ .

(٧) مختصر القدوري : ١/ ١٩٧ .

فصل [٣٢ - من عدم الهدي ثم وجده بعد صيام يوم أو يومين] :

وإذا عدم الهدي فصام يوماً أو يومين ثم وجده استحببنا له أن يهدي ، فإن مضى على صومه جاز [١] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أن يهدي إذا وجده قبل الفراغ من الثلاثة وأنه يمضي على صومه إذا وجده في صوم السبعة [٢] ، لأنه بدل تلبس به عند عدم المبدل مقصود في نفسه ، فلم يلزمه الخروج منه بوجود المبدل اعتباراً بوجوده بعد الدخول (في صوم السبعة وتقييده احترازاً من وجود المتيمم الماء قبل الدخول في) [٣] الصلاة .

فصل [٣٣ - ابتداء صوم السبعة في الطريق] :

ويصوم السبعة إذا رجع إلى أهله لقوله تعالى : ﴿ وسبعة إذا رجعتم ﴾ [٤] وذلك عندنا رخصة ، فإن صامها في الطريق أجزاه [٥] ، خلافاً للشافعي في أحد قوليه [٦] ، لقوله تعالى : ﴿ وسبعة إذا رجعتم ﴾ [٧] ، فوجب تعليقه بأول الرجوعين ، ولأن إضمار الرجوع إلى الحج أولى لأنه منطوق به ، ولأنه فرع من أفعال الحج كما لو رجع إلى أهله .

فصل [٣٤ - فيمن ساق هدياً في عُمرته فأراد أن يجعله عن قِرانه] :

إذا ساق في العُمرة هدياً تطوعاً ، ثم أحرم بالحج ، فأراد أن يجعله عن قِرانه، فقد اختلف قوله فيه [٨] ، والصحيح أنه لا يجزيه لأنه قد وجب بالتقليد والإشعار ولم يبق فيه إلا النحر فلم ينقل عن أصله .

---

(١) ذكره ابن وهب عن مالك قال : إذا دخل في الصوم ثم وجد هدياً فأحب إليَّ أن يهدي (الجامع لأحكام القرآن : ٢/٤٠١) .
(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٠ .
(٣) ما بين قوسين : سقط من (م) .
(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .
(٥) انظر : الجامع لأحكام القرآن : ٢/٤٠١ .
(٦) انظر : المهذب : ١/٢٠٩ .
(٧) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .
(٨) انظر : المدونة : ١/٣١٦ .

باب : [في الدخول إلى مكة]

يستحب للداخل إلى مكة محرماً أن يدخل من كداء [(١)] الثنية التي بأعلى مكة، وأن يخرج منها [(٢)] لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل في دخوله وخروجه[(٣)].

مسألة [١ - البداية بالمسجد واستلام الحجر لداخل مكة] :

إذا دخل مكة بدأ بالمسجد فيستلم الحجر بفيه إن قدر ، فإن لم يقدر وضع يده عليه ثم وضعها على فيه من غير تقبيل [(٤)] ، وإنما قلنا ذلك لما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا دخل مكة لم يلو ولم يعرج دون المسجد » [(٥)] .

وإنما استحببنا البداية بالشروع في الطواف على كل شيء لأنه تحية للبيت كما أن الركوع قبل الجلوس تحية لسائر المساجد [(٦)] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم كان يفعل [(٧)] ، وإنما قلنا : يبدأ باستلام الحجر لما روى جابر وابن عمر : « أنه صلى

---

(١) كداء - بالفتح والمد - : بأعلى مكة عند المحصب دار النبي ﷺ ، وكدي - بضم الكاف وتنوين الدال - : بأسفل مكة عند ذي طوى ، وكدي - مصغراً فإنما هو لمن خرج من مكة إلى اليمن (معجم البلدان : ٤/٤٣٩) .

(٢) انظر : التفريع : ١/٣٣٧ ، الرسالة ص ١٧٥ ، المقدمات : ١/٣٩١ - ٣٩٣ ، أما خروجه فلقد كان من الثنيا السفلى كما في الصحيحين .

(٣) أخرجه البخاري في الحج ، باب : من أين يخرج من مكة : ٢/١٥٤ ، ومسلم في الحج ، باب : استحباب دخول مكة من الثنيا العليا : ٢/٩١٨ .

(٤) انظر : التفريع : ١/٣٣٧ ، الرسالة ص ١٧٥ .

(٥) أخرجه البخاري في الصلاة ، باب : الأبواب والفلق : ١/١٢٠ .

(٦) في (م) : تحية المسجد .

(٧) فقد قالت عائشة رضي الله عنها : « أن النبي ﷺ أول شيء بدأ به حين قدم مكة أنه توضأ ثم طاف بالبيت » ، أخرجه البخاري في الحج ، باب: من طاف بالبيت إذا قدم=

الله عليه وسلم بدأ بالحجر فاستلمه »[1] ، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل الحجر وقال : « إني لأقبلك وإني لأعلم أنك حجر لا تنفع ولا تضر ولكني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك »[2] .

وإنما قلنا : إنه إذا لم يقدر وضع يده عليه (ثم وضعها على فيه ليكون ذلك عوضاً من التقبيل ، ولأنه روي ذلك عن جماعة من الصحابة[3] .

فصـل [٢ - بداية الطواف من الركن الأسود] :

يبدأ بالطواف من الركن الأسود والبيت على يساره فيطوف سبعة أشواط ، الثلاثة الأولى منها خبب[4] والأربعة مشي ، وكل ما مر بالركن الأسود قبله إن قدر وإلا وضع يده عليه)[5] ، على ما ذكرناه ، ولا يستلم اليماني ولكن يضع يده عليه ثم يضعها على فيه ، فإن طاف منكساً[6] فلا يجزيه .

فصـل [٣ - دليل بداية الطواف من الركن الأسود] :

وإنما قلنا : يبدأ الطواف من الركن الأسود لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل به فاستلم الركن ثم رمل[7] .

= مكة : ٢/ ١٦٢ ، ومسلم في الحج ، باب : ما يلزمه من طاف بالبيت وسعى : ٢/ ٩٠٦ - ٩٠٧ .

(١) أخرجه الحاكم : ١/ ٤٥٥ ، من حديث أبي جعفر عن جابر وله شاهد من حديث ابن عمر الذي في الصحيحين (تلخيص الحبير : ٢/ ٢٤٦) .

(٢) أخرجه البخاري في الحج ، باب : ما ذكر في الحجر الأسود : ٢/ ١٦٠ ، ومسلم في الحج في باب : استحباب تقبيل الحجر الأسود : ٢/ ٩٢٥ .

(٣) روي عن ابن عمر يستلم الحجر بيده ثم قبل يده ، أخرجه مسلم في الحج ، باب : استحباب استلام الركنين . . : ٢/ ٩٢٤ .

(٤) خبب : هو ضرب من العَدْو وهو خطو فسيح دون العنق (المصباح المنير ص ١٦٢).

(٥) ما بين قوسين : سقطت من (م) .

(٦) طاف منكساً : وهو أن يطوف والبيت على يمينه .

(٧) انظر حديث حجة النبي ﷺ الذي رواه جابر ، والذي أخرجه مسلم في الحج ، باب: حجة النبي ﷺ : ٢/ ٨٨٦ - ٨٩٢ .

فصـل [٤ - في كون البيت على يسار الطائف] :

وإنما قلنا : إنه يطوف والبيت على يساره لأن رسول الله [١] ﷺ كذلك فعل[٢] ، فإن طاف [٣] منكساً فلا يجزيه خلافاً [٤] لأبي حنيفة [٥] ، لأنه صلى الله عليه وسلم طاف والبيت على يساره غير منكوس ، وقال : « خذوا عني مناسككم » [٦] ، ولأنه نسك مبني على الحركة والتكرار ، فلم يجز منكساً كالسعي .

فصـل [٥ - عدد أشواط الطواف] :

وإنما قلنا : إنه يطوف سبعة أشواط ، لأن النبي ﷺ كذلك فعل [٧] ، وهذا مما نقلته الأمة بالعمل ، ولأنه نسك مبني على الحركة والتكرار ، فكان سبعاً كالسعي .

فصـل [٦ - فيمن ترك شيئاً من أشواط الطواف] :

وإذا ترك شيئاً من أشواطه فلا يجزيه ولا ينوب عنه الدم [٨] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه إذا ترك أكثرها لم يجزه ، وإن ترك أقلها ثلاثة فدونها أجزاه وجبره بالدم [٩] ، لأنه صلى الله عليه وسلم طاف سبعاً رمل ثلاثاً ومشى

---

(١) في (م) : النبي .

(٢) كما جاء في حديث جابر : « أنه صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً . . . » (أخرجه مسلم وقد سبق) .

(٣) في (م) : فإن كان .

(٤) في (ق) : خلافاً للشافعي ولأبي حنيفة وهو خطأ ، إذ الخلاف لأبي حنيفة فقط .

(٥) انظر : تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي : ٢/ ١٧ ، والمغني : ٣/ ٣٨٣ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٧) .

(٧) انظر : حديث جابر في صفة حجة صلى الله عليه وسلم والذي سبق تخريجه قريباً .

(٨) انظر : التفريع : ١/ ٣٣٧ .

(٩) انظر : مختصر القدوري : ١/ ٢٠٨ .

أربعاً [١] ، وقال (خذوا عني مناسككم) [٢] ، ولأنه نقص من الأشواط السبعة كما لو اقتصر على ثلاثة .

فصـل [٧ - الرمل في الثلاثة الأولى] :

وإنما قلنا : إن الثلاثة الأولى خبب والباقية مشي لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل [٣] ، وروي مثله عن أبي بكر وابن مسعود وغيرهم [٤] .

وذكر ابن عباس السبب في ذلك فقال : « قدم رسول الله ﷺ مكة فقال المشركون : أنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب ولقوا منها شراً ، فاطلع الله تعالى نبيه على ذلك فأمرهم أن يرملوا الأشواط الثلاثة ولم يأمرهم بالأشواط كلها إبقاء عليهم ، فلما رأوهم قالوا : هؤلاء الذين ذكرتم إن الحمَّى نهكتهم هؤلاء أجلد منا » [٥] .

وإنما قلنا : إنه يستلم الحجر كلما مر به ، لما روي : « أنه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك في طوافه كلما مر على الركن » [٦] .

فصـل [٨ - الطهارة في الطواف] :

ولا يجزيء الطواف إلا بطهارة [٧] خلافاً لأبي حنيفة [٨] ، لقوله صلى الله

---

(١) انظر : حديث جابر في صفة حجه صلى الله عليه وسلم ، والذي سبق تخريجه قريباً .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٧) .

(٣) انظر : حديث جابر الذي سبق تخريجه في الصفحة (٥٧٠) .

(٤) انظر : البيهقي : ٥/ ٨٢ - ٨٣ .

(٥) أخرجه البخاري في الحج كيف كان بدء الرمل : ٢/ ١٦١ ، ومسلم في الحج ، باب: استحباب الرمل في الطواف والعُمرة : ٢/ ٩٢١ .

(٦) أخرجه الحاكم في مستدركه : ١/ ٤٥٦ ، وقال : حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي على تصحيحه .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٣٤٠ ، الكافي ص ١٣٩ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٤ .

عليه وسلم : « الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله تبارك وتعالى [1] أباح فيه النطق»[2] ، وقالت عائشة رضي الله عنها : كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يطوف توضأ ثم طاف [3] ، وفي حديثها قالت : قدمت مكة فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال : « افعلي ما يفعل الحاج غير ألا تطوفي بالبيت حتى تطهري » [4] ، وفي حديث صفية [5] أنها حاضت ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « أحابستنا هي » ؟ ، قيل : أنها قد أفاضت ، قال : « فلا إذن »[6] ولأنها عبادة مختصة بالبيت فلم تجز إلا بطهارة كالصلاة .

فصل [٩ - الطواف داخل الحجر] :

ولا يجزيء الطواف داخل الحجر [7] خلافاً لأبي حنيفة [8] لقوله صلى الله عليه وسلم : « الحجر من البيت » [9] ، فإذا ثبت أنه من البيت لم يجزه أن

---

(١) تبارك وتعالى : سقطت من (م) .

(٢) أخرجه الحاكم : ١/٤٥٩ ، وصححه ، وأخرجه الترمذي بلفظ قريب منه في الحج، باب : ما جاء في الكلام في الطواف : ٣/٢٩٣ ، وقد اختلف في رفعه أو وقفه (انظر نصب الراية : ٣/٥٧) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٦٨) .

(٤) أخرجه البخاري في الحيض ، باب : تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف : ١/٧٨ ، ومسلم في الحج ، باب : وجوه الإحرام . . : ٢/ ٨٧٠ .

(٥) صفية : بنت حيي بن أخطب الإسرائيلية ، أم المؤمنين تزوجها النبي ﷺ بعد خيبر ، وماتت سنة ست وثلاثين ، وقيل : في خلافة معاوية وهو الصحيح (تقريب التهذيب : ٧٤٩) .

(٦) أخرجه البخاري في الحج الزيارة يوم النحر : ٢/١٨٩ ، ومسلم في الحج وجوب طواف الوداع : ٢/٩٦٣ .

(٧) انظر : المدونة : ١/٣١٣ ، الكافي ص ١٣٩ .

(٨) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٨٥ ، تبيين الحقائق : ٢/ ١٧ .

(٩) هو من قول ابن عباس (انظر البيهقي : ٥/ ٩٠ ، والحاكم : ١/ ٤٦٠) .

يطوف فيه لقوله تعالي : ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ [1] ، وذلك يقتضي استيفاء جميعه ، ولأنه صلى الله عليه وسلم طاف خارج الحجر [2] ، وقد قال : « خذوا عني مناسككم » [3] ، واعتباراً بالطواف داخل البيت .

فصـل [١٠ - في صفة ركعتي الطواف والسعي] :

إذا أتم الطواف ركع عند المقام ركعتين ، وهما سُنَّة مؤكدة إن تركهما أتى بهما ، فإن عاد إلى بلده فعليه دم ، ثم يستلم الحجر بعد الركعتين إن قدر ، ثم يخرج إلى الصفا والمروة [4] ترى البيت ، فيكبر ويهلل ويدعوا ثم ينحدر ماشياً حتى ينتهي إلى المروة ، فإذا ظهر عليها فعل مثل ذلك حتى يستوي سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ، وذلك ثماني وقفات أربع على الصفا وأربع على المروة ، فهذا صفة الطواف والسعي [5] .

فصـل [١١ - في حكم ركعتي الطواف] :

وإنما قلنا : إنه إذا فرغ من الطواف ركع لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل [6] ، وعندنا أن الركعتين سنة مؤكدة لا تترك [7] خلافاً للشافعي في قوله : إنهما مستحبتان وليستا بسنتين [8] ، لقوله تعالى : ﴿ واتخذوا من مقام إبراهيم

---

(١) سورة الحج ، الآية : ٢٩ .

(٢) أخرجه الحاكم : ١/ ٤٦٠ ، وقال : صحيح الإسناد ، وهذا تكملة حديث ابن عباس السابق ، حيث قال : الحجر من البيت لأن رسول الله ﷺ طاف من ورائه ، قال الله تعالى: ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٧) .

(٤) حتى : سقطت من (ق) .

(٥) في صفة الطواف والسعي ، انظر : المدونة : ١/٣١٢ - ٣١٤ ، التفريع : ١/٣٣٧ - ٣٣٨ ، الرسالة ص ١٧٥ - ١٧٧ .

(٦) انظر : حديث جابر الذي سبق تخريجه في الصفحة (٥٦٩) .

(٧) المدونة : ١/٣١٣ ، التفريع : ١/٣٣٧ ، الرسالة ص ١٧٦ ، الكافي ص ١٣٩ .

(٨) انظر : المدونة : ١/١٧٨ ، المهذب : ١/ ٢٣٠ ، وذلك في أحد قولي الشافعي رحمه الله .

مصلى ﴾ [١] ، فروي جابر بن عبد الله : « أنه صلى الله عليه وسلم لما فرغ من الطواف تقدم إلى مقام إبراهيم فقرأ : ﴿ واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى ﴾ [٢] وصلى ركعتين » [٣] ، وروى : « أنه صلى الله عليه وسلم طاف راكباً فلما فرغ نزل وصلى خلف المقام » [٤] ، وهذا يدل على تأكدهما لما لم يصلهما على الراحلة ، ولأن الطواف بالبيت من أركان الحج ، فوجب أن يكون من توابعه ما هو واجب وجوب سنة كالوقوف بعرفة ، لأن من توابعه المبيت بالمزدلفة .

فصــل [١٢ - في عودته إلى الركن بعد صلاة ركعتي الطواف] :

وإنما قلنا : إنه يعود إلى الركن فيستلمه لما روي جابر : « أنه صلى الله عليه وسلم طاف فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً ، ثم تقدم إلى مقام إبراهيم فركع ، ثم عاد إلى البيت » [٥] .

فصــل [١٣ - الإتيان بالسعي عقيب الطواف] :

وإنما قلنا : إنه يأتي بالسعي عقيب الطواف والركوع ، لأن رسول الله ﷺ فعل ذلك وأتى به على الصفة التي ذكرناها في سياق وحديث جابر [٦] .

فصــل [١٤ - في كون السعي ركناً] :

والسعي ركن لا ينوب عنه دم [٧] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه واجب

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٢٥ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٢٥ .

(٣) انظر : حديث جابر في صفة حجه صلى الله عليه وسلم الذي سبق إخراجه في الصفحة (٣٩٤) .

(٤) أخرجه البخاري في الحج ، باب : استلام الركن بالمحجن : ٢/١٦٢ ، ومسلم في الحج ، باب : جواز الطواف على بعيره : ٢/٩٢٦ .

(٥) سبق تخريج حديث جابر في الصفحة (٥٦٩) .

(٦) انظر : حديث جابر الذي سبق في الصفحة (٥٦٩) .

(٧) انظر : التفريع : ١/٣٣٨ - ٣٣٩ ، الرسالة ص ١٧٧ .

وليس بركن فينوب عنه الدم [١] ، لأنه صلى الله عليه وسلم سعى ، وقال : «اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي » [٢] ، ففيه أدلة :

أحدها : أن فعله على الوجوب وقد أتى به بياناً فقوله : « خذوا عني مناسككم » [٣] .

والثاني : قوله : « اسعوا » ، وهذا أمر فهو على وجوبه .

والثالث : قوله : « فإن الله كتب عليكم السعي » ، وهذا من أبلغ ما يدل[٤] على فرضه ، ولأنه مشي ذو عدو سبع كالطواف ، ولأن كل ركن في العمرة ، فإنه ركن في الحج كالطواف .

* * *

---

(١) مختصر القدوري : ٢٠٩/١ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٧) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٧) .

(٤) في (م) : دليل .

باب : [ذكر أعمال الحج]

الطواف في الحج ثلاثة أطواف [1] : طواف القدوم ، وطواف الإفاضة ، وطواف الصدر [2] ، وهو طواف الوداع ، والسعي واحد يؤتي به عقيب طواف القدوم إلا أن يفوت فيؤتي به عقيب طواف الإفاضة ، وطواف القدوم واجب وجوب السُّنَّة ، وطواف الإفاضة فرض وطواف الوداع سُنَّة [3] .

وسُنَّة طواف القدوم لمن جاء قادماً إلى مكة [4] من غيرها دون من كان بها ، فإذا فرغ منه ومن السعي ، فإن كان عليه في الوقت فضل خرج إلى مِنَى يوم التروية [5] ، فصلي بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ، ثم مضى منها إلى عرفة وقطع التلبية بها بعد الزوال ، فيجمع بها مع الإمام الظهر والعصر ثم الوقوف ، بحيث يقف الناس ، والاستحباب أن يكون راكباً ، وبأي موضع شاء وقف سوى بطن عرنة [6] ، ويقف إلى أن تغرب الشمس ثم يمضي إلي مزدلفة، (ولا بد من جزء من الليل ، فإن فاته ذلك فقد فاته الحج ، وإن وقف جزءاً من الليل من أوله أو آخره ، فقد أدرك الحج وقف نهاراً أو لا ، فإذا أتى مزدلفة)[7] جمع بها بين صلاتي المغرب والعشاء ، ثم يبيت بها أي موضع شاء عدى بطن

---

(١) في (م) و (ر) : أطوفة .

(٢) عن أعمال الحج انظر : المدونة : ١/٣١٢ - ٣١٧ ، التفريع ١/٣٣٧ - ٣٤٧ ، الرسالة ص ٧٥ - ١٩٥ .

(٣) في (م) : مستحب .

(٤) إلى مكة : سقطت من (م) .

(٥) يوم التروية : هو يوم قبل يوم عرفة ، لأن الناس يترووون من مكة يوم التروية يتزودون قرباً من الماء (غرر المقالة ص ١٧٧) .

(٦) بطن عرنة - بضم العين وفتح الراء والنون - : واد يقع في الجهة الغربية من عرفة.

(٧) ما بين قوسين سقط من (ق) .

محسر [1] ، فإنه لا يبيت به ، ويحرك دابته في المسير إذا انتهى إليه ، ثم يمكث بها حتى يصلي الصبح ، فإن لم يبت فعليه دم ثم يأتي المشعر الحرام فيقف به ويدعو ، ثم يدفع قبل طلوع الشمس إلى مِنَى ، وللإمام أن يقدم ضعفة أهله من مزدلفة إلى مِنَى ليلة [2] النحر .

وإذا جاء مِنَى بدأ برمي جمرة العقبة راكباً إن قدر فيرميها وحدها ثم ينحر هدياً إن كان معه ، ثم يحلق أو يقصر والحلاق أفضل ، وإن قَدَّم الحلاق على النحر أو النحر على الرمي فلا شيء عليه ، وإن قدَّم الحلاق على الرمي فعليه دم ، ثم يرجع إلى مكة فيطوف ويركع ثم يعود إلى مِنَى .

وأما المراهق [3] فيمضي على وجهه إلى عرفة فيفعل ما وصفناه ، وإذا طاف للإفاضة سعى عقيبه ولا دم عليه لترك طواف القدوم وإن تركه غير المراهق فعليه دم .

فصــل [١ - في أن الطواف ثلاثة] :

وإنما قلنا : إن الطواف ثلاثة لأن النبي ﷺ والسلف بعده لم يأتوا بزيادة على ذلك إلا ما بينوا أنه تطوع مبتدأ لا تعلق له بفروض الحج ولا بسنته .

فصــل [٢ - السعي عقيب الطواف] :

وإنما قلنا : إنه يسعى عقيب طواف القدوم لما رويناه من فعله صلى الله عليه وسلم لذلك [4] ، فإن فاته سعى عقيب طواف الإفاضة لأن السعي لا يكون إلا عقيب طواف ، ولتقرر الإجماع على ذلك [5] .

---

(١) بطن محسر - بكسر السين المهملة - : وهو واد بين مزدلفة وعرفة .

(٢) في (م) : قبل .

(٣) المراهق : هو من قدم مكة في وقت ضيق يخشى إن أشتغل بالطواف أن يفوته الوقوف بعرفة قبل الفجر (انظر الكافي ص ١٤١) .

(٤) كما جاء في حديث جابر في صفة حجه صلى الله عليه وسلم الذي سبق تخريجه في الصفحة (٥٦٩) .

(٥) انظر : المجموع : ٨/ ٦٧ ، المغني : ٣/ ٣٩٠ .

فصـل [٣ - حكم طواف القدوم] :

وإنما قلنا : إن طواف القدوم مسنون ، وربما عبر عنه أصحابنا بالواجب [١] لشدة تأكده [٢] لفعله صلى الله عليه وسلم له [٣] ، ولأنه شرط في ركن من أركان الحج وهو السعي ، فكان من متأكد السنن .

فصـل [٤ - الخروج إلى مِنَى] :

وإنما قلنا : إنه إذا فرغ من السعي خرج إلى مِنَى ليصلي بها يوم التروية لما روي أنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ، رواه ابن عباس [٤] ، وجابر [٥] ، وأنس [٦] .

فصـل [٥ - متى يقطع الحاج التلبية] :

وإنما قلنا : إنه يقطع التلبية بعرفة بعد الزوال خلافاً للرواية الأخرى [٧] ، ولمن ذهب إليها [٨] ، وهي أنه يقطع عند جمرة العقبة ، لإجماع الصحابة عليه ، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعليّ وابن عمر وعائشة وسعد وجابر

فيه خلاف بين الصحابة

---

(١) قال صاحب مواهب الجليل : واعلم أن طواف القدوم من أفعال الحج التي اختلفت عبارة أهل المذهب فيما بينهم : فمنهم من يعبر عنها بالوجوب ، وبعضهم بالسنة والتحقيق أنها واجبة وليس بركن ، ومما أطلق الوجوب عليه ابن عرفة وابن عبد السلام وأصحاب المؤلف : الأبهري ، وابن الجلاب (٣/ ٨٢) .

(٢) في (م) : تأكيده .

(٣) كما جاء في حديث جابر الذي سبق .

(٤) أخرجه الترمذي في الحج ، باب : ما جاء في الخروج إلى مِنَى المقام بها : ٣/ ٢٢٧ والحديث فيه إسماعيل بن مسلم تكلموا فيه من قبل حفظه .

(٥) سبق تخريجه في الصفحة (٥٦٩) .

(٦) أخرجه البخاري في الحج ، باب : أين يصلي الظهر يوم التروية : ٢/ ١٧٣ .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٣٢٢ ، الكافي ص ١٤٢ .

(٨) ذهب إلى ذلك أصحاب الرأي والشافعية والحنابلة (المحلي : ٧/ ١٧٨ ، المهذب : ١/ ٢٣٥ ، المغني : ٣/ ٤٣٠) .

وابن الزبير وأم سلمة [١] رضي الله عنهم [٢] ، وذكر مالك أنه إجماع أهل دار الهجرة [٣] ، ولأن التلبية إجابة للنداء بالحج دعى إليه ، فإذا انتهى إلي الموضع الذي دعى إليه ، فقد انتهى إلي غاية ما أمر به ، فلا معنى لاستدامتها .

فصـل [٦ - في الجمع بين الظهر والعصر بعرفة] :

وإنما قلنا : إنه يجمع بعرفة بين الظهر والعصر لما روي جابر أن النبي ﷺ فعل ذلك [٤] .

فصـل [٧ - الوقوف يتلوا الصلاة] :

وإنما قلنا : إنه يتلوا ذلك بالوقوف لورود الرواية بذلك من حديث جابر [٥] ، وغيره ، ولنقل الأمة إياه بالعمل [٦] .

فصـل [٨ - الوقوف بعرفة راكباً] :

وإنما استحببنا أن يقف راكباً لأنه صلى الله عليه وسلم وقف راكباً على راحلته القصواء [٧] ، ولأن الركوب أعون على الوقوف وأمكن له في الدعاء وأروح من التعب .

فصـل [٩ - الوقوف في أي موضع سوى بطن عرنة] :

وإنما قلنا : أن يقف أي موضع شاء سوى بطن عرنة لقوله صلى الله عليه وسلم : « عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرفة » [٨] .

---

(١) انظر : في تخريج هذه الآثار : الموطأ : ١/٣٢٨ - ٣٢٩ .

(٢) رضي الله عنهم : سقطت من (م) .

(٣) انظر : الموطأ : ١/٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٤) ، (٥) سبق تخريجه في الصفحة (٥٦٩) .

(٦) انظر : المغني : ٣/٤٠٨ .

(٧) كما جاء في حديث جابر الذي سبق تخريجه في الصفحة (٥٦٩) .

(٨) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : الصلاة بجمع : ٢/٤٧٨ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : المنزل بعرفات : ٢/١٠٠٢ ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء أن =

فصـل [١٠ - زمن الوقوف بعرفة] :

وإنما قلنا : إنه يقف إلي الغروب لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل (١) ، وإنما قلنا : إنه إن دفع قبل الغروب ولم يرجع فيقف جزءاً من الليل ، فقد فاته الحج خلافاً ، لأبي حنيفة والشافعي (٢) ، لما روي عليّ (٣) وجابر (٤) ، وأسامة(٥) أنه صلى الله عليه وسلم دفع حين غابت الشمس ، ففيه دليلان : أحدهما فعله ، والآخر قوله : « خذوا عني مناسككم » ، وروي عطاء عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « من أدرك عرفة قبل الفجر فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل ، فقد فاته الحج » (٦) ، ولأنه لم يقف بعرفة جزءاً من الليل، وكان كالواقف قبل الزوال ، ولأن النهار لو كان وقتاً للوقوف لاستوى أوله وآخره كالليل .

= عرفة كلها موقف : ٣/ ٢٣٢ ، وقال : حسن صحيح ، وأحمد : ٥/ ٨٢ ، والبيهقي : ٥/ ٢٣٩ ، والحاكم : ١/ ٤٦٢ ، وغيرهم مع اختلاف في ألفاظ الحديث .

(١) كما جاء في حديث جابر .

(٢) انظر : مختصر القدري : ١/ ٢٠٩ ، المهذب : ١/ ٢٣٣ .

(٣) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : الدفعة من عرفة : ٢/ ٤٧٢ ، وابن ماجه في المناسك ، باب : الموقف بعرفة : ٢/ ١٠٠١ ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء أن عرفة كلها موقف : ٣/ ٢٣٢ ، وقال : حدث حسن صحيح .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٩٦) .

(٥) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : الدفعة من عرفة : ٢/ ٤٧٣ .

وأسامة بن يزيد : بن حارثة بن شراحيل الكلبي ، الأمير ، أبو محمد ، وأبو زيد ، صحابي مشهور ، مات سنة أربع وخمسين وهو ابن خمس وسبعين بالمدينة (تقريب التهذيب ص ٩٨) .

(٦) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : من لم يدرك عرفة : ٢/ ٤٨٥ ، والنسائي في الحج ، باب : فيمن لم يدرك الصبح .. : ٥/ ٢١٤ ، وابن ماجه في الحج ، باب : من أتى عرفة قبل الجمع : ٢/ ١٠٠٣ ، والترمذي في الحج ، باب : ما جاء من أدرك الإمام بجمع : ٣/ ٢٣٧ ، وأحمد : ٤/ ٣٣٥ ، والحاكم : ١/ ٦٤ ، وقال : صحيح الإسناد ، من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي .

فصل [١١ - الجمع بين صلاتي المغرب والعشاء بمزدلفة] :

وإنما قلنا : إنه يمضي إلى مزدلفة فيجمع بها بين العشائين [١] ، لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل ، رواه جابر [٢] ، وأسامة [٣] وغيرهما ، وهذا الجمع عندنا سنة مؤكدة ، فإن صلي المغرب في وقتها بعرفة والعشاء في وقتها ، فقد ترك السنة والاختيار ويجزيه خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا يجزيه [٤] ، لأنهما صلاتان سن الجمع بينهما في وقت إحداهما ، فلم يمنع ترك الجمع بينهما جوازهما أصله الظهر والعصر بعرفة .

فصل [١٢ - في المبيت بمزدلفة] :

وإنما قلنا : إنه يبيت بها لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل [٥] ، وإنما قلنا : إنه يبيت أي موضع شاء منها إلا بطن محسر لقوله صلى الله عليه وسلم : « مزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر » [٦] .

فصل [١٣ - حكم المبيت بمزدلفة] :

والمبيت بالمزدلفة سنة يجب بتركها بغير عذر الدم [٧] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا شيء فيه [٨] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم بات بها ولم يرخص في ترك ذلك إلا للضعفاء ورعاة الإبل [٩] ، فوجب كونه مسنوناً .

---

(١) أي بين صلاتي المغرب والعشاء .

(٢) ، (٣) سبق تخريج الحديثين .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٥ ، مختصر القدوري : ١/ ١٩٠ .

(٥) كما جاء في حديث جابر في صفة حجه صلى الله عليه وسلم .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٨٠) .

(٧) انظر : التفريع : ١/٣٤٢ ، الرسالة ص ١٧٨ ، الكافي ص ١٤٣ - ١٤٤ .

(٨) انظر : مختصر القدوري : ١/ ٢١٠ ، وفيه : ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم.

(٩) أخرجه البخاري في الحج ، باب : من قدم ضعفة أهل بليل : ٢/١٧٧ ، ومسلم في الحج ، باب : استحباب تقديم دفع الضعفة : ٢/٩٤١ .

فصـل [١٤ - الوقوف بالمشعر الحرام عند الإسفار] :

وإنما قلنا : إنه يقف بالمشعر الحرام [١] فيدعوا ثم يدفع عند الإسفار لقوله تعالى : ﴿ واذكروا الله عند المشعر الحرام ﴾ [٢] ، وفي حديث جابر : « أنه صلى الله عليه وسلم صلى الصبح ثم ركب حتى أتى المشعر الحرام ، فرقى واستقبل القِبْلة فحمد الله وكبره وهلله ، ولم يزل واقفاً حتى أسفر جداً ثم دفع قبل طلوع الشمس » [٣] ، وفي حديث آخر أنه قال : « كان أهل الشرك يدفعون بعد طلوعها حيث تعتم بها رؤوس الجبال ، وإنا ندفع قبل طلوعها هدينا مخالف هدي أهل الشرك والأوثان » [٤] .

فصـل [١٥ - في تقديم دفع الضعفة من مزدلفة] :

وإنما أجزنا للإمام تقديم ضعفة أهله ، وكذلك رعاة الإبل لإرخاصه صلى الله عليه وسلم في ذلك [٥] ، ولأن فيه رفقاً بهم وتخفيفاً عنهم ، وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن يكون هذا الإرخاص بشرط الدم ، والظاهر خلافه .

فصـل [١٦ - رمي جمرة العقبة] :

وإنما قلنا : إنه يأتي مِنَى فيرمى جمرة العقبة ، لما روى جابر : « أنه صلى الله عليه وسلم دفع من مزدلفة فذكر . . . إلى أن قال : حتى أتى الجمرة عند

---

(١) المشعر الحرام : هو جبل بالمزدلفة سمي بذلك لأن الجاهلية كانت تشعر هداياه فيه.

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٦٩) .

(٤) أخرجه البيهقي : ٥/ ١٢٥ ، والحاكم في المستدرك : ١/ ٤٦١ ، وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين (انظر نصب الراية : ٣/ ٦٦) .

وبلفظ قريب منه أخرجه البخاري في الحج ، باب : متى يدفع من الجمع : ٢/ ١٧٩ ، بلفظ أن : « المشركين كانوا لا يغيضون حتى تطلع الشمس ويقولون : أشرق ثبير ، وأن النبي ﷺ خالفهم ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس » .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

الشجرة فرماها [1] بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ، وكل حصاة منها كحصاة الخذف [2] » [3] .

فصل [١٧ - من أين ترمي الجمرة] :

والمستحب أن يرميها من بطن الوادي ولا يرميها من فوقها ، لما روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه : أنه رمى الجمرة من بطن الوادي ثم قال : « والذي أنزلت عليه سورة البقرة لقد رأيته يرمي ببطن الوادي صلى الله عليه وسلم » [4] روي عن عبد الله بن مسعود [5] نحوه [6] .

فصل [١٨ - في نحر الهدي] :

وإنما قلنا : ينحر هدياً إن كان معه بعد الرمي ، لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل رمي الجمرة ثم نحر البدن [7] .

فصل [١٩ - الحلاق بعد الإتمام] :

وإنما قلنا : إنه إذا أتم حلق رأسه لأنه صلى الله عليه وسلم حلق بعد أن نحر، رواه ابن عباس قال لما رمى رسول الله ﷺ الجمرة أتى بنسكه فنحره ثم دعى الحلاق فقال : « ابدأ بالشق الأيمن » [8] .

---

(١) في (م) : فرمى .

(٢) حصى الخذف : الحصى الصغر والخذف : الرمي بطرفي الإبهام والسبابة (المصباح المنير ص ١٦٥) .

(٣) انظر : حديث جابر في صفة حجة صلى الله عليه وسلم .

(٤) أخرجه البخاري في الحج ، باب : رمي الجمار من بطن الواد : ٢/١٩٣ ، ومسلم في الحج ، باب : رمي جمرة العقبة من بطن الوادي : ٢/٩٤٣ .

(٥) ابن مسعود : سقطت من (م) .

(٦) أخرجه البخاري في الحج ، باب : رمي الجمار من بطن الوادي : ٢/١٩٣ .

(٧) كما جاء في حديث جابر .

(٨) أخرجه مسلم في الحج ، باب : بيان أن السنة يوم النحر أن يرمي ثم ينحر ثم يحلق : ٢/٩٤٧ ، والبخاري في الوضوء ، باب : الماء الذي يغسل به شعر الإنسان : ١/٥٠ .

فصل [٢٠ - في الحلاق] :

الحلاق نسك يثاب فاعله خلافاً لأحد قولي الشافعي أنه مباح بعد حظر وليس بنسك [١] لقوله تعالى : ﴿ لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رؤوسكم ومقصرين لا تخافون ﴾ [٢] ، فوعدهم بدخولهم على هذه الصفة ممتناً عليهم بها ، فدل على تعلق الفضيلة بها ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « رحم الله المحلقين ثلاثاً » ، قيل : والمقصرين يا رسول الله ؟ قال : « والمقصرين »[٣] وهذه المبالغة بتكرار الدعاء ، فدل على الفضيلة ، وقوله : « ليس على النساء خلاق وإنما عليهن التقصير » [٤] ، ولأنه قول عمر وابنه [٥] ولا مخالف لهما .

فصل [٢١ - في تقديم النحر على الرمي أو الحلاق على النحر] :

وإنما قلنا : إنه إن قدم النحر على الرمي أو الحلاق على النحر جاز لما روى عبد الله بن عمر : أنه صلى الله عليه وسلم جاءه رجل فقال : يا رسول الله ، لم أشعر ، فحلقت قبل أن أذبح فقال : « اذبح ولا حرج » ، وجاءه آخر فقال : يا رسول الله ، لم أشعر نحرت قبل أن أرمي ، فقال : « إرم ولا حرج » [٦] .

فصل [٢٢ - فيمن حلق قبل الرمي] :

وإنما قلنا : إنه إن حلق قبل الرمي فعليه دم [٧] خلافاً للشافعي [٨] ، لقوله

---

(١) انظر : المجموع : ١٥٣٨ .

(٢) سورة الفتح ، الآية : ٢٧ .

(٣) أخرجه البخاري في الحج ، باب : الحلق والتقصير عند الإحلال : ٢/١٨٨ ، ومسلم في الحج ، باب : تفضيل الحلق على التقصير : ٢/٩٤٥ .

(٤) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : الحلق والتقصير : ٢/٥٠٢ ، والدارقطني : ٢/ ٢٨٠ ، والطبراني وإسناده حسن ، وقواه أبو حاتم في العلل ، والبخاري في التاريخ ، وأعله ابن القطان ، ورد عليه ابن المواق ، فأصاب (تلخيص الحبير : ٢/٢٦١) .

(٥) انظر : الموطأ : ١/٣٩٦ - ٣٩٧٦ .

(٦) أخرجه البخاري في الحج ، باب : الفتيا علي الدابة عند الجمرة : ٢/ ١٩٠ ، ومسلم في الحج ، باب : من حلق قبل النحر : ٢/٩٤٨ .

(٧) انظر : التفريع : ١/٣٤٣ . (٨) انظر : الأم : ٢/ ٢١٥ .

عَزَّ وجَلَّ : ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ﴾ [1] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم رمى ثم نحر ثم حلق [2] ، ولأنه حلق في إحرام منعقد لم يتحلل منه فأشبه قبل النحر [3] .

فصـل [٢٣ - في أفضلية الحلق] :

وإن شاء حلق وإن شاء قصر والحلاق أفضل للظاهر [4] ، والخبر [5] ، وسنة النساء التقصير لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس على النساء حلاق وإنما على النساء التقصير » [6] ، ولأنه شهرة فيهن ، والسنة إيعاب الرأس وأكثره ، لما روي: « من عقص أو لبد فعليه الحلاق » [7] ، والمعنى فيه تعذر الاستيفاء مع العقص [8] ، والتلبيد [9] ، ولأنه حكم تعلق بالرأس في الشرع عبادة كالمسح .

فصـل [٢٤ - في الإفاضة] :

وإنما قلنا : إنه إذا فعل ذلك عاد إلى مكة فأفاض ثم عاد [10] إلى مِنَى لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس ﴾ [11] ، ولأن رسول الله ﷺ

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .

(٢) كما جاء في حديث ابن عباس الذي سبق قريباً .

(٣) في (ق) : فأشبه أن يحلق بعد الفجر .

(٤) ظاهر قوله تعالى : ﴿ محلقين رؤوسكم ﴾ ، وقوله : ﴿ ولا تحلقوا ﴾ .

(٥) الحديث الذي سبق والذي دعي فيه صلى الله عليه وسلم للمحلقين ثلاثاً وللمقصرين مرة .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٨٣) .

(٧) موقوف على عمر بن الخطاب أخرجه البيهقي : ١٣٥/٥ .

(٨) العقص : هو أن يلوي الشعر ويدخل أطرافه في أصوله (المصباح المنير ص ١٢٢).

(٩) التلبيد : هو أن يجعل في الرأس لزوقاً من صمغ ونحوه ليتلبد أي يتلصق فلا يقمل (المغرب ص ٤١٩) .

(١٠) في (ق) : دعى .

(١١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٩ .

كذلك فعل ، روى جابر أنه صلى الله عليه وسلم نحر ثم ركب فأفاض إلى البيت [(١)] ، وصلى بمكة الظهر » [(٢)] ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها : «ثم رجع إلى مِنَى فمكث بها ليالي أيام التشريق » [(٣)] .

فصـل [٢٥ - في أن المراهق يترك طواف القدوم] :

وإنما قلنا : إن المراهق يمضي إلى عرفة ويترك طواف القدوم ، لأن ذلك عذر يسوغ له تركه متى تشاغل به خاف فوات الحج ولا دم عليه ، لأن ترك السنة مع العذر جائز ، وفي تركه لغير عذر الدم اعتباراً بسائر السنن المؤكدة .

فصـل [٢٦ - في رمي الجمار] :

جملة ما يرمي من حصي الجمار يوم النحر وأيام مِنَى [(٤)] سبعون حصاة منها جمرة العقبة يوم النحر بسبع ، وفي أيام مِنَى كل يوم يرمي الثلاث بإحدى وعشرين حصاة كل جمرة بسبع ، هذا لمن لم يتعجل فإذا تعجل رمى تسعاً وأربعين وسقط عنه رمي اليوم الآخر وهو إحدى وعشرين حصاة .

فصـل [٢٧ - متى ترمى الجمار أيام التشريق] :

ولا يرمى الجمار أيام مِنَى إلا بعد الزوال [(٥)] ، خلافاً لأبي حنيفة في إجازته ذلك في ثالث أيام التشريق [(٦)] لما روى جابر قال : « رأيت رسول الله ﷺ

---

(١) في (م) : للبيت .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٦٩) .

(٣) أخرجه أبو داود في المناسك ، باب : يبيت بمكة ليالي مِنَى : ٢/ ٤٩٠ ، والبيهقي: ١٤٨/٥ ، والحاكم : ٤٧٧/١ ، وقال : صحيح على شرط مسلم ، وحسَّنه المنذري (نصب الراية : ٣/ ٨٤) .

(٤) في (م) : أيام التشريق .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ٣٢٤ - ٣٢٥ ، التفريع : ١/ ٣٤٤ ، الرسالة ص١٧٩ .

(٦) انظر : مختصر القدوري : ١/ ١٩٣ .

يرمي يوم النحر ضُحًى ، فأما بعد ذلك فبعد زوال الشمس »[1] ، ورواه ابن عباس[2] ، وعائشة[3] ، واعتباراً باليوم الأول والثاني .

فصـل [٢٨ - استحباب الرمي يوم النحر راكباً وأيام مِنَى ماشياً] :

المستحب أن يرمي يوم النحر راكباً وأيام مِنَى ماشياً ، لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل[4] ، ولا يقف عند جمرة العقبة ويقف عند الأولى والثانية ، وكذلك في حديث عائشة[5] ، وعبد الله بن عمر[6] ، وروي عن عمر[7] ، وابنه[8] .

فصـل [٢٩ - رمي السبع رمية واحدة] :

ولا يجزيه أن يرمي السبع رمية واحدة[9] خلافاً لأبي حنيفة[10] ،

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٦٩) .

(٢) أخرجه الترمذي في الحج ، باب : ما جاء في الرمي بعد زوال الشمس : ٣/٢٤٣ ، وقال : حديث حسن .

(٣) سبق تخريج حديث عائشة رضي الله عنها قريباً (ص ٥٨٦) .

(٤) كما في حديث ابن عباس : « أن النبي ﷺ رمى الجمرة يوم النحر راكباً » أخرجه الترمذي في الحج ، باب : ما جاء في رمي الجمار راكباً وماشياً : ٣/٢٣٣ ، وقال : حديث حسن ، وروي عن ابن عمر : أن النبي ﷺ كان إذا رمى الجمار مشى إليها ذاهباً وراجعاً ، أخرجه الترمذي في نفس الكتاب والباب ٣/٢٤٤ - ٢٤٥ ، وقال : حديث حسن صحيح .

(٥) حديث عائشة : سبق تخريجه قريباً (٥٨٦) .

(٦) أخرجه البخاري في الحج ، باب : رفع اليدين عند جمرة الدنيا والوسطى : ٢/١٩٤ .

(٧) أثر عمر أخرجه مالك في الموطأ : ١/٤٠٦ .

(٨) أثر ابن عمر أخرجه مالك في الموطأ : ١/٤٠٧ .

(٩) انظر : المدونة : ١/٣٢٥ ، التفريع : ١/٣٤٤ .

(١٠) انظر : المبسوط : ٤/٦٧ ، بدائع الصنائع : ٣/١١٦٨ .

لأنه صلى الله عليه وسلم رماها سبع رميات ، ولأن المستحق عليه أعداد الرمي به .

فصـل [٣٠ - صفة التعجيل] :

صفة التعجيل أن ينفر ثالث النحر بعد رميه ما لم تغب الشمس ، فإذا فعل ذلك سقط عنه رمي الغد والأصل فيه قوله تعالى [١] : ﴿ فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه ﴾ [٢] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم رخص فيه لرعاة الإبل في البيتوتة [٣] يرمون يوم النحر ثم يرمون الغد ليومين ثم ينفرون[٤] ، فإن غابت الشمس عليه قبل أن ينفر لزمه المبيت لدخول الوقت الذي ينفر عنه .

فصـل [٣١ - حكم طواف الوداع] :

طواف الوداع مستحب [٥] لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ينفرن أحدكم حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت » [٦] ، وروي عن عمر [٧] وغيره .

فصـل [٣٢ - عدم وجوب طواف الوداع] :

وليس بواجب خلافاً لأبي حنيفة [٨] ، لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث

---

(١) في (م) : عزَّ وجلَّ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٠٣ .

(٣) أخرجه البخاري في الحج ، باب : سقاية الحاج : ٢/١٦٧ ، ومسلم في الحج ، باب : وجوب المبيت بمنَى : ٢/٩٥٣ .

(٤) في (م) و (ر) ثم يرمون يوم النفر .

(٥) انظر : الموطأ : ١/٣٧٠ ، التفريع : ١/٣٥٦ ، الرسالة ص ١٧٩ .

(٦) أخرجه في الحج ، باب : طواف الوداع : ٢/١٩٥ ، ومسلم في الحج ، باب : وجوب طواف الوداع : ٢/٩٦٣ .

(٧) سوف يأتي ذكر أثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه والذي أخرجه مالك في الموطأ: ١/٣٦٩ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٦ ، مختصر القدوري : ١/١٩٣ - ١٩٤ .

صفية : « أحابستنا هي »[1] ، قالوا : إنها قد أفاضت ، قال : فلا إذن ، فلو كان واجباً لكان يقف عليها كطواف الإفاضة ، ولأنه طواف يفعل خارج الإحرام كالتطوع .

فصــل [٣٣ - لا يجب الدم بترك طواف الوداع] :

ولا يجب الدم بتركه خلافاً للشافعي[2] ، لأن الحائض تتركه ولا دم عليها ، ولأنه طواف خارج الإحرام كالتطوع .

فصــل [٣٤ - هل يشرع طواف الوداع للمقيمين بمكة ؟] :

وليس بمسنون للمقيمين بمكة لأن الوداع يقتضي مفارقة الموضع ، وذلك لا يوجد في أهل مكة ، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : « لا يصدرن أحدكم حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت »[3] ، فخاطب بذلك من يريد الانصراف .

* * *

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٧٢) .

(٢) انظر : الأم : ٢/ ١٨٠ - ١٨١ ، الإقناع ص ٨٨ .

(٣) سبق تخريج هذا الأثر قريباً ص ٥٨٨ .

باب : [في الإحصار]

ومن أحصر [١] بعذر فله التحلل [٢] ، وينحر هدياً إن كان معه وينصرف ولا هدي عليه سواء كان حاجاً أو معتمراً في الحرم وغيره [٣] ، « لأن النبي ﷺ فعل ذلك يوم الحديبية تحلل ونحر وانصرف » [٤] .

فصل [١ - لا هدي على المحصر بعدو] :

ولا هدي عليه لأجل تحلله [٥] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٦] ، لأنه تحلل مأذون له فيه غير منسوب إلى تفريط ولا إدخال نقص ، فلم يلزمه فيه هدي اعتباراً به إذا أكمل حجه ، ولأنه لما خفف بإجازة التحلل من إحرام قد عقده كان بأن يخفف عنه من إيجاب هدي أولى .

فصل [٢ - المحصر بعدو لا يقضي] :

ولا قضاء عليه لما تحلل منه [٧] خلافاً لأبي حنيفة [٨] ، لأنه ممنوع عن

---

(١) في (م) : حصر ، والإحصار في اللغة : المنع ، وفي الاصطلاح : هو الممنوع من الحج بأي نوع امتنع إما بمرض أو بعدو أو بخطأ في العدد أو بغير ذلك (انظر بداية المجتهد: ٤٣٢/٥) .

(٢) في (م) : التحليل .

(٣) في الإحصار انظر : الموطأ : ١/ ٣٦٠ - ٣٦١ ، التفريع : ٣٥١/١ - ٣٥٢ ، الكافي ص ١٦٠ .

(٤) أخرجه البخاري في الحج ، باب : النحر قبل الحلق في الحصر : ٢٠٧/٢ ، ومسلم في الحج ، باب : جواز التحلل بالإحصار : ٩٠٣/٢ .

(٥) انظر : التفريع : ٣٥١/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة - لابن عبد البر ص ١٦١ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧١ ، الأم : ٢١٨/٢ .

(٧) انظر : الموطأ : ١/ ٣٦٠ ، التفريع : ٣٥١/١ .

(٨) مختصر الطحاوي ص ٧١ ، مختصر القدوري : ١٢٨/١ - ٢١٩ .

الوصول إلى فعل المناسك بيد غالبة فلم يلزمه قضاء أصله إحرام العبد بغير إذن سيده والمرأة بغير إذن زوجها على الصحيح من المذهب ، ولا يلزم عليه للضرورة لأن ما يلزمه ليس بقضاء ، بل هو الواجب عليه في الأصل ، ولأنه صلى الله عليه وسلم تحلل هو وأصحابه ولم يأمر أحداً منهم بالقضاء ، ولا روي عنهم أنهم قضوا .

فصل [٣ - التحليل بعُمرة لمن أحصر بمرض ونحوه] :

ومن أحصر بمرض أو بأي شيء سوى حصر العدو فلا يتحلل إلا بعمل [(١)] العُمْرة خلافاً لأبي حنيفة [(٢)] ، لأنه متلبس بالحج لم يصده عنه يد غالبة ، فكان كمخطيء الوقت ، ولأن كل من لا يستفد بتحلله تخلصاً من الأذى فلا يجوز له التحلل كالضال عن الطريق عكسه المحصور بعدو .

فصل [٤ - وجوب الدم على من أحصر بمرض] :

وعليه دم لتحلله [(٣)] لقوله تعالى : ﴿ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾[(٤)] معناه : فحللتم ، ولا يجوز ذبحه إلا بمكة أو بمِنَى ، خلافاً للشافعي في قوله : إنه ينحره حيث أحصر [(٥)] ، لقوله تعالى : ﴿ ثم محلها إلي البيت العتيق ﴾ [(٦)] فعم ، ولأنه موضع تحلله يجب أن يكون محل هديه ألا ترى أن المحصور بعدو لما كان يحل حيث أحصر كان ذلك الموضع محل هدي إن كان ساقه .

---

(١) انظر : الموطأ : ٣٦١/١ ، التفريع : ٣٥٢/١ .
(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧١ ، مختصر القدوري : ٢١٨/١ - ٢١٩ .
(٣) انظر : الموطأ : ٣٦١/١ ، التفريع : ٣٥٢/١ .
(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٩٦ .
(٥) انظر : الأم : ٢١٩/٢ .
(٦) سورة الحج ، الآية : ٣٣ .

فصل [٥ - ليس على من أحصر فعل بقية المناسك سوى العُمرة] :

وليس عليه ولا على من فاته الحج رمي ولا فعل بقية المناسك سوى عمل العمرة فقط [١] ، خلافاً للمزني [٢] ، لأن أعمال الحج توابع للوقوف ، فإذا فات المتبوع سقطت توابعه [٣] .

* * *

---

(١) انظر : التفريع : ص ٣٥١٢ ، الكافي ص ١٦١ .

(٢) مختصر المزني ص ٧٢ - ٧٣ ، والمزني : هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحق المزني ، تلميذ الشافعي ، حدث عنه ابن خزيمة وأبو جعفر الطحاوي ، كان زاهداً عالماً مجتهداً مناظراً محجاجاً ، قال عنه الشافعي : المزني ناصر مذهبي (ت ٢٦٤) (سير أعلام النبلاء : ١٢/٤٩٢) .

(٣) سقطت توابعه : سقطت من (م) .

باب : [الوطء في الإحرام]

الوطء في الإحرام ممنوع لقوله تعالى : ﴿ فلا رفث ولا فسوق ﴾ [1] ، فإذا وطيء عامداً في الفرج أفسد حجه وعمرته بلا خلاف [2] ، وكذلك الناسي خلافاً للشافعي [3] لأنه وطء صادف إحراماً منعقداً كالعمد .

فصل [١ - فساد الحج والعُمْرة بالإنزال] :

كل إنزال [4] عن نوع من الاستمتاع يفسد الحج والعُمْرة كالإنزال في الوطء دون الفرج أو مع القبلة أو اللمس أو غير ذلك [5] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [6] لقوله تعالى : ﴿ فلا رفث ﴾ [7] ، ولأن الإنزال هو المقصود وهو أبلغ من الإيلاج ، فإذا كان الإيلاج يفسده فالإنزال أولى ، ولأنها عبادة يفسدها الوطء في الفرج ، فالإنزال مع المباشرة يفسدها أصله الصوم .

فصل [٢ - إذا حصل ذلك قبل الوقوف أو بعده] :

لا خلاف أن ذلك إن حصل قبل الوقوف ، فإنه يفسد الحج ، فأما بعده وقبل الرمي ، فالظاهر أنه يفسده أيضاً ، وبه قال الشافعي [8] ، وقد قيل : لا يفسده وهو قول أبي حنيفة [9] ، فإذا قلنا : يفسده ، فالعِلَّة بقاء الإحرام وعدم التحلل

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٧ .

(٢) انظر : المجموع : ٧/ ٤٩٣ ، المغني : ٣/ ٤٨٥ .

(٣) انظر : المجموع : ٧/ ٢٩٤ ، وفيه : أن الناسي لا فدية عليه ولا يفسد نسكه .

(٤) المقصود بالإنزال هو إنزال المني .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٣٤٩ ، الرسالة ص ١٨٠ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٧ ، الأم : ١/ ٢١٨ .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ١٩٧ .

(٨) انظر : التفريع : ١/ ٣٤٩ ، الأم : ٢/ ٢١٨ ، الإقناع ص ٩٠ .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٧ ، مختصر القدوري : ١/ ٢٠٦ .

كالوطء قبل الوقوف ، وإذا قلنا : لا يفسده فالعِلَّة أمن الفوات كالوطيء بعد الرمي والطواف .

فصــل [٣ - فيمن وطيء بعد الرمي وقبل الطواف] :

وأما الوطء بعد الرمي وقبل طواف الإفاضة ، فالظاهر من قول مالك رحمه الله [١] : أنه لا يفسد ، وعنه رواية : أنه يفسده [٢] ، فعلة الرواية الظاهرة أنه وطء في إحرام منحلٍ كالوطء بعد التحلل الكامل ، وعلة الرواية الأخرى أن كمال التحلل لم يحصل فحرمة الإحرام مبقاة كقبل الرمي .

فصــل [٤ - إذا قلنا : لا يفسد حجه عليه الهدي والعُمرة] :

إذا قلنا : إن حجه لا يفسد فعليه العمرة والهدي بعد أن يطوف [٣] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٤] في قولهما : لا عُمرة عليه ، لأن ذلك مروي عن ابن عباس[٥] ، ولأن عليه أن يأتي بالطواف والسعي في إحرام لا وطء فيه .

فصــل [٥ - المضي في الحج على من أفسده] :

إذا أفسد حجه مضى عليه حتى يتمه ولم يخرج منه بالفساد ، وكذلك العمرة[٦] خلافاً لمن قال : أنه يرى قضاء ويستأنف إحراماً جديداً [٧] ، لأنه إجماع الصحابة [٨] ، ولأنه سبب يجب معه قضاء الحج فلم يخرج به من الإحرام أصله الفوات .

---

(١) رحمه الله : سقطت من (م) .

(٢) ، (٣) انظر : التفريع : ٢٤٩/١ ، الكافي ص ١٥٨ - ١٥٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٧ ، الإقناع ص ٩٠ .

(٥) أخرجه البيهقي : ١٧١/٥ .

(٦) انظر : الموطأ : ٣٨١/١ - ٣٨٣ ، التفريع : ٣٤٩/١ - ٣٥٠ .

(٧) قاله داود (المغني : ٣٦٥/٣) .

(٨) روي ذلك عن عمر وعليّ وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم ولا يعلم لهم مخالف (انظر : المجموع : ٣٩٩/٧ ، المغني : ٣٦٥/٣) .

فصـل [٦ - القضاء والهدي على من أفسد حجه] :

وعليه القضاء والهدي في الفساد لأن ذلك إجماع السلف ، ولأنه إن كان فرضاً فهو باق في الذمة لأن الفاسد في الذمة لا يبريء من الصحيح ، وإن كان متطوعاً فقد لزمه بالدخول فيه .

وأما الهدي فلأنه لما كان يلزم بترك شعيرة من شعائره كان بأن يلزم في النص بإفساده أولى ، ولأن الفوات يجب به الهدي للتأخير ، فكذلك الفساد ، وكذلك روي عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وغيرهم [١] .

فصـل [٧ - التفريق بين الزوجين إذا أفسدا حجهما] :

يفترق الزوجان إذا أفسدا حجهما وأرادا قضاء [٢] خلافاً لأبي حنيفة [٣] ، ومن حيث يحرمان لا من حيث أفسداه خلافاً للشافعي [٤] في قوله : من حيث أفسداه لأن ما قلناه مروي عن عثمان وعليّ وابن عباس [٥] ، ولأنهما يتذاكران ما كان منهما فيدعوهما ذلك إلى إفساده ثانية ، وإنما لم يؤخراه عن وقت الإحرام إلى وقت الإصابة ، لأن الذي أُمرا لأجله بالافتراق هو خوف الفساد ثانية ، وليس آخر الإحرام بأولى بالاحتياط من أوله .

فصـل [٨ - في تكرار الوطء] :

ولا يجب بتكرار الوطء هدي [٦] خلافاً لأبي حنيفة[٧] لأنه وطء لم يفسد به الحج فلم يجب به هدي أصله إذا وطيء قبل التكفير .

---

(١) انظر : الموطأ : ١/ ٣٨٢ .

(٢) انظر : الموطأ : ١/ ٣٨٢ ، التفريع : ١/ ٣٥٠ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٧ .

(٤) انظر : المجموع : ٧/ ٢٩٢ - ٢٩٣ .

(٥) الموطأ : ١/ ٣٨١ - ٣٨٢ .

(٦) انظر : الموطأ : ١/ ٣٨٢ ، التفريع : ١/ ٣٥٠ .

(٧) يقول أبو حنيفة : إن كان ذلك في موطن واحد كان عليه دم واحد ، وإن كان في مواطن كان عليه ، لكل موطن دم (مختصر الطحاوي ص ٦٧) .

فصـل [٩ - في حج الصغير] :

الصغير له حج [١] خلافاً لأبي حنيفة [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم وسألته المرأة ألهذا حج ؟ ، قال : « نعم ولك أجر » [٣] ، ولأنه ممن له صلاة فكان له حج كالكبير .

فصـل [١٠ - ما زاد على نفقة الصغير] :

وما زاد على نفقته في الحضر من مال الولي [٤] خلافاً للشافعي [٥] ، وكذلك ما قتل من صيد أو ما يحتاج إليه من فدية ، لأن الصبي لا حاجة به إلى الحج وليس من الإصلاح والحظ إلزامه نفقة فيما لا يحتاج إليه ، وكذلك جزاء ما قتل من صيد لأن الولي سبب ذلك .

فصـل [١١ - حكم الحج للعبد إذا أعتق والصبي يبلغ والكافر يسلم يدركون الوقوف] :

العبد إذا أعتق والصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم ، فأدرك كل واحد منهم الوقوف بعرفة جزءاً من الليل ، فأحرم ووقف ، فقد أدرك الحج ، فإن دخل العبد في الإحرام حال رقه أو إحرام الولي بالصبي حال صغره ثم عتق [٦] العبد وبلغ الصبي ، وهما في الإحرام فإنهما يمضيان على ذلك الحج ، ويكون تطوعاً على ما كانا عليه ولا ينقلب فرضاً [٧] ، لأنه ليس في الأصول عبادة تفتتح تطوعاً ثم تنقلب فرضاً كالصلاة والصوم ، فإذا ثبت هذا فعليهما حجة الإسلام لأنها باقية في الذمة لا تسقط بالتطوع .

---

(١) انظر : التفريع : ١/٣٥٣ .
(٢) انظر : تحفة الفقهاء : ٢/٣٨٣ .
(٣) أخرجه مسلم في الحج ، باب : صحة حج الصبي : ٢/٩٧٤ .
(٤) انظر : التفريع : ١/٣٥٣ ، الكافي ص ١٦٨ .
(٥) انظر : مختصر المزني ص ٧٠ .
(٦) في (م) : أعتق .
(٧) في جملة هذه الأحكام انظر : التفريع : ١/٣٥٣ ، الكافي ص ١٦٨ - ١٦٩ .

فصـل [١٢ - التقليد والإشعار] :

ومن ساق بدنه قلدها [١] « لأن رسول الله ﷺ قلد بدنه وأشعرها » [٢] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أن الإشعار بدعة [٣] ، لما روي ابن عباس : « أنه صلى الله عليه وسلم أشعر بدنته من الجانب الأيمن وسلت الدم عنها » [٤] ، والفائدة في التقليد والأشعار أن يعلم من رآه إذا ضل أنه هدي قد أوجب فلا يقدم عليه ، وصفة الإشعار أن يشق في عرض سنامها في جانبه الأيسر ، ويستحب له أن يسمى الله تعالى عند الإشعار كما فعل النبي ﷺ [٥] ، والاختيار نحر البدن قياماً لأنه صلى الله عليه سلم نحرها قائمة [٦] ، فإن صعبت عقلها [٧] ليتمكن من نحرها .

فصـل [١٣ - الأكل من الهدي] :

ويؤكل من الهدي كله إلا من ثلاثة أنواع : جزاء الصيد ونسك الأذى ونذر المساكين [٨] وما عدي ذلك من هدي التمتع والقِران ومجاوزة الميقات والفوات والإفساد وغير ذلك سوى ما ذكرناه فإنه يؤكل ، ووافقنا أبو حنيفة في هدي

---

(١) التقليد : هو أن يعلق بعنق البعير قطعة من جلدٍ ليعلم أنه هدي ، فيكف الناس عنه (المصباح المنير ص ٥١٢) ، والإشعار : هو من حزوت سنامها حتى يسيل الدم فيعلم أنها هدي (المصباح المنير ص ٣١٥) .

(٢) انظر : الموطأ : ١/ ٣٧٩ ، التفريع : ١/ ٣٣٢ - ٣٣٣ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٣ .

(٤) أخرجه مسلم في الحج ، باب : تقليد الهدي وإشعاره عند الإحرام : ٢/ ٩١٢ .

(٥) رويت التسمية عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٣٢ ، الموطأ : ١/ ٣٧٩ .

(٦) أخرجه البخاري في الحج ، باب : نحر الإبل مقيدة : ٢/ ١٨٥ ، ومسلم في الحج ، باب : نحر الإبل قياماً مقيدة : ٢/ ٩٥٦ .

(٧) في (م) و (ر) : عقلت .

(٨) انظر : الموطأ : ١/ ٣٨١ ، التفريع ص ٣٣٢ .

التمتع والقِران ، وخالفنا في الواجب بحكم الإحرام [1] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ فكلوا منها ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها ﴾ [3] ، ولأنه هدي لم يسم للمساكين ولا يدخل فيه إلا طعام كالتطوع واعتباراً بالضحايا والعقيقة .

فصـل [١٤ - عدم الأكل من جزاء الصيد] :

وإنما قلنا لا تؤكل من جزاء الصيد لأن الله تعالى جعله للمساكين بقوله : ﴿هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين ﴾ [4] ، وكذلك نسك الأذى لقوله صلى الله عليه وسلم : « أو إطعام ستة مساكين » [5] ، وما سماه هو للمساكين فقد نذره لهم فلا يجوز له الرجوع فيه .

فصـل [١٥ - ما عطب من هدي التطوع] :

وما عطب من هدي التطوع قبل محله لم يجز له أكله لأنه قد يتهم أن يكون أعطبه ليأكل منه ، فإن أكل منه أبدله [6] ، لقوة التهمة فيما ذكرناه ، وما عطب من واجب جاز أكله لأن عليه بدله فلا فائدة في منعه أكله .

فصـل [١٦ - نكاح المحرم] :

لا ينكح المحرم ولا ينكح [7] خلافاً لأبي حنيفة [8] لقوله صلى الله عليه

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٢ ، مختصر القدوري : ١/ ٢٢٣ .
(٢) سورة الحج ، الآية : ٢٨ .
(٣) سورة الحج ، الآية : ٣٦ .
(٤) سورة المائدة ، الآية : ٩٥ .
(٥) سبق تخريج الحديث .
(٦) انظر : الموطأ : ١/ ٣٨٠ - ٣٨١ ، التفريع : ١/ ٣٣٢ .
(٧) انظر : الموطأ : ١/ ٣٤٨ .
(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٦٨ .

وسلم [١] : « لا ينكح المحرم ولا ينكح » [٢] ، ولأنها عبادة تمنع الطيب فمنعت عقد النكاح كالعدة ، وله أن يراجع لأنه ليس بابتداء عقد وإنما هو استصلاح لما انثلم منه .

فصـل [١٧ - المعتمرة تحيض قبل أن تطوف] :

المعتمرة إذا حاضت قبل أن تطوف ، فإن كان في وقتها سعة : انتظرت أن تطهر وتتم العمرة ثم تنشيء إحراماً بالحج ، وإن ضاق وقتها وهي تريد الحج وتخاف الفوات أردفت الحج على العمرة وصارت قارنة وعليها الهدي ثم يستحب لها أن تستأنف عمرة [٣] بعد الإحلال [٤] كما فعل صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها [٥] .

فصـل [١٨ - يوم الحج الأكبر] :

يوم الحج الأكبر يوم النحر [٦] لأن فيه يقع التحلل ويفتتح الرمي ، ولأن الوقوف الذي يتعلق إدراك الحج به هو بليلته المضافة إلى يومه ، ولأن ما بعده تابع له .

فصـل [١٩ - أشهر الحج] :

وأشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة [٧] لقوله تعالى : ﴿ أشهر

---

(١) صلى الله عليه وسلم : سقطت في (م) .

(٢) أخرجه مسلم في النكاح ، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبيته : ٢/ ١٠٣٠.

(٣) في (م) : غيره .

(٤) انظر : الموطأ : ١/ ٤١١ - ٤١٢ ، التفريع : ١/ ٣٣٦ .

(٥) أخرجه البخاري في الحج ، باب : كيف تهل الحائض والنفساء : ٢/ ١٤٨ ، ومسلم في الحج ، باب : بيان وجوه الإحرام : ٢/ ٨٧٠ .

(٦) انظر : التفريع : ١/ ٣٥٤ .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٢٥٤ .

معلومات ﴾[1] ، وأقلها ثلاثة كاملة ، ولأن كل شهر كان أوله من أشهر[2] الحج ، فكذلك آخره أصله شوال ، وفائدة ذلك تعلق الدم بتأخير طواف الإفاضة وبخروجه والله أعلم .

* * *

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٧ .

(٢) في (م) : شهور .

كتاب الجهاد

الأصل فى الجهاد [1] قوله تعالى : ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ﴾ [2] ، وقوله جل ذكره [3] ﴿ كتب عليكم القتال وهو كره لكم ﴾ [4] ، وقوله : ﴿ قاتلوا الذين يلونكم من الكفار ﴾ [5] ، وقوله : ﴿ انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله ﴾ [6] ، وقوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا ما لكم إذا قيل لكم انفروا فى سبيل الله أثاقلتم إلى الأرض ﴾ [7] ، وهذا تأكيد يدل على قوة وجوبه ، ومن السنة قوله ﷺ « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأمولهم إلا بحقها » [8] ، وفيه أخبار كثيرة ترد فى مسائل الباب الأول ، ولا خلاف بين الأمة في وجوبه[9] .

---

(١) الجهاد : أصله من الجهد وهو المشقة ، واصطلاحا هو : قتال مسلم كافرا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله أو حضوره له أو دخول أرضه له (غرر المقالة ١٨٩ ، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١٣٩) .

(٢) سورة التوبة ، الآية : ٢٩ .

(٣) جل ذكره : سقطت من ق .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢١٦ .

(٥) سورة التوبة ، الآية : ١٢٣ .

(٦) سورة التوبة ، الآية : ٤١ .

(٧) سورة التوبة ، الآية : ٣٨ .

(٨) أخرجه البخارى في الجهاد باب دعاء النبى ﷺ إلى الإسلام : ٦/٤ ، ومسلم فى الإيمان باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا اله إلا الله ١/ ٥١ .

(٩) انظر مراتب الإجماع لابن حزم ص ١١٩ ، بداية المجتهد : ٥/٦ .

فصل [١ - حكم الجهاد] :

وهو من فروض الكفايات [١] دون الأعيان فمن قام به سقط به الفرض عن الباقين[٢] ، ووجه القيام به أن تحرس الثغور [٣] وتعمر وتحفظ بالمنعة والعدد، ولا تجوز المهادنة إلا لضرورة تدعو إليها ، والقتال واجب لا يعدل عنه الا باجابة أهل الكفر إلى أحد أمرين : إما الدخول فى الإسلام أو بذل الجزية لنا فى دارنا.

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى : ﴿ فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ﴾[٤] ، وقوله : ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله . . إلى قوله : حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ [٥] ، وقوله ﷺ لأمرائه : « اغزوا على اسم الله قاتلوا من كفر بالله ادعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله فإن أجابوا فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين ، فإن أبو فادعوهم إلى الجزية فإن أعطوها فإقبلوها منهم فان أبوا فاستعينوا الله على قتالهم»[٦] .

وإنما شرطنا أن يكون فى دارنا ليكون أخذها على وجه الذل والصغار ولئلا يكون [٧] ذريعة إلى الإمهال ليتقووا على قتالنا .

فصل [٢ - اشتراط إذن الأبوين للاشتراك في الجهاد] :

ومن منعه أبواه من الجهاد فليمتنع إلا أن يكون قد تعين الفرض عليه مثل أن يفجأ العدو فيحتاج إليه في الدفع عنها وكذلك إن كان أوجبه على نفسه في وقت

---

(١) في م : الكفاية .

(٢) انظر التفريع ص ١/٣٥٧ ، الرسالة ص ١٨٩ .

(٣) الثغور : الموضع الذي يقترب من العدو فيخاف أهله (غرر المقالة ١٩١) .

(٤) سورة التوبة ، الآية : ٥ .

(٥) سورة التوبة ، الآية : ٢٩ .

(٦) أخرجه مسلم في الجهاد باب تأمير الأمير الأمراء : ١٣٥٦/٣ .

(٧) في م : يكونوا .

بعينه [1] ، والأصل فيه قوله ﷺ : « إن كان الغزو عند باب البيت فلا تذهب إلا أن يأذن أبواك » [2] ولأن طاعتهما من فروض الأعيان فهو أولى من فروض الكفايات ، فأما إذا تعين عليه فلا يمتنع بمنعهما لأن منعهما له غير جائز لهما كمنعهما إياه من الصلاة والصوم الواجبين .

فصل [٣ - إحراق أرض العدو وعقر دوابهم وقطع أشجارهم]:

ولا بأس بإحراق أرض العدو وزروعهم وعقر دوابهم وقطع أشجارهم وفعل كل ما ينكيهم ويضر بهم [3] ، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا إلا كتب لهم به عمل صالح ﴾ [4] ، وقوله عز وجل : ﴿ ما قطعتم من لينه أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين ﴾ [5] ونزلت في قطعه ﷺ نخل بنى النضير [6] ، وقوله في خيبر [7]، ﴿ يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدى المؤمنين ﴾ [8] ، وهدم النبى ﷺ بعض خيبر[9] ، وقطع بعض [10] ، ولأن ذلك من التضييق عليهم وإضعاف أمرهم وتوهينه فليس بأكثر من إباحة قتلهم .

---

(١) انظر الرسالة ص ١٩١ ، الكافى ص ٢٠٦ ، المقدمات ص ٣٥١/١ .

(٢) أخرجه الطبرانى في الصغير ورجاله رجال الصحيح غير شيخ الطبرانى أسامة بن علي بن سعيد بن بشير وهو ثقه ثبت كما هو في تاريخ مصر (مجمع الزوائد ٥/ ٣٢٥) .

(٣) انظر المدونة ص ١/ ٣٧١ - ٣٧٢ التفريع ص ١/ ٣٥٧ .

(٤) سورة التوبة ، الآية : ٩ .

(٥) سورة الحشر، الآية : ٥ .

(٦) أخرجه البخارى في الجهاد والسير باب حرق الدور والنخيل ٤/ ٢٢ ، ومسلم في الجهاد باب جواز قطع أشجار الكفار ٣/ ١٣٦٥ ، وبنو النضير هم جماعه من اليهود سكنوا حصنا قريبا من المدينة فتحه رسول الله ﷺ (الأنساب للسمعاني ١٣/ ١٢٩) .

(٧) خيبر : هي ناحية على ثمانية برد من المدينة لمن يريد الشام . (معجم البلدان٢/ ٤٠٩) .

(٨) سورة الحشر ، الآية : ٢ .

(٩) أخرجه البخارى في الجهاد باب دعاء النبى ﷺ إلى الإسلام والنبوة ٤/ ٢ .

(١٠) أخرجه البخارى فى التفسير باب تفسير قوله تعالى ﴿ ما قطعتم من لينه ﴾ ٦/ ٨=

فصل [٤ - في تحريق النحل] :

ويكره تحريق النحل وتفريقها لنهية ﷺ عن تعذيب الحيوان إلا لمأكلة [١] ، وروى عن علي رضي الله عنه أنه نهى عن ذلك [٢] ، ولأنها تنتقل إلى ديارنا كحمام الأبرحة ففي تركها استبقاء لها لمنفعة المسلمين ، فإن اتفق أن يكون مجتمعة فى موضع يكثر نفعهم بها ويؤثر فيهم إتلافها جاز ذلك لأنها ليست بأعظم حرمة من الخيل والأنعام التى تعرقب [٣] أو توجأ [٤] إذا عجز المسلمون عن سوقها .

فصل [٥ - الدعوة قبل القتال]:

ولا يقاتل العدو إلا بعد أن يدعو إلا أن يعجلونا [٥] لأنه ﷺ كان يوصي بذلك أمراءه فيقول : « إذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم إلى ثلاث خلال[٦] : ادعهم إلى الدخول في الإسلام فإن أجابوك إليه فاكفف عنهم » [٧] ، ولأنهم قد يجيبون إلى الإسلام فيستغنى عن قتالهم وهذا مستحسن فيمن بلغتهم الدعوة فأما من يخاف أن تكون لم تبلغه أو أن يكون قد سمع بها ولا يدرى ما هي فيجب أن يدعى وكل هذا إذا أمكنونا فإذا أعجلونا تركت وتشوغل بقتالهم لأن التوقف حينئذ تمكين للعدو من المسلمين وذلك عين المحظور [٨] .

=ومسلم في الجهاد باب جواز قطع أشجار الكفار وتحريقها ٣/ ١٣٦٥ .

(١) قال الزيلعي غريب ، وقد رواه ابن أبى شيبة أثرا لأبي بكر (نصب الراية ٣/ ٤٠٦ - ٤٠٧) .

(٢) روى البيهقى عن أبى بكر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما (أخرجهما سعيد ابن منصور ، المغنى ٨/ ٤٥١) .

(٣) تعرقب : هو قطع عصب موثق خلف الكعبين (المصباح المنير ٤٠٥) ، وتوجأ : إذا ضربت بسكين في أي موضع كان (المصباح المنير ٦٥٠) .

(٤) في م : أو تضرب أوسطها .

(٥) في م : يعجلوا .

(٦) في ق : حال .

(٧) أخرجه مسلم في الجهاد باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ٣/ ١٣٥٧ .

(٨) انظر : المدونة ص ١/ ٣٦٧ - ٣٦٨ ، التفريع ص ١/ ٣٥٧ ، الرسالة ص ١٨٩ .

فصل [٦ - الغلول من الغنيمة] :

ومن غلّ [١] شيئا من الغنيمة ولم يورده المقاسم ثم ظهر عليه عوقب ولم يقطع ولم يحرم سهمه [٢] ، وإنما قلنا إنه يعاقب أدبا له لأنه أتى محرماً وغصب المسلمين أموالهم وخانهم ، وقد قال ﷺ : « الغلول عار ونار وشنار على صاحبه» [٣] ، وروي أن رجلا مات فدعى النبى ﷺ ليصلي عليه فامتنع وقال : «صلوا على صاحبكم فإنه قد غل » ففتشوا رحله فوجدوا فيه [٤] خرزات [٥] لا تساوي درهمين [٦] .

فصل [٧ - عدم قطع الغال] :

وإنما قلنا لا يقطع لأنه خائن وليس بسارق وقد قال ﷺ : « ليس على خائن قطع » [٧] ، وقال : « من وجدتموه قد غل فأحرموه سهمه

---

(١) الغلول : لغة هو الخيانة (الصحاح ٥/ ١٧٨٤) وعرفا : هو أخذ ما لم يبح الانتفاع به من الغنيمة قبل حوزها (الرصاع على ابن عرفه ١٥٢) .

(٢) انظر الموطأ : ١/ ٤٥٧ - ٤٦٠ ، التفريع : ١/ ٣٥٧ - ٣٥٨ ، الرسالة ص١٩٠.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ مرسلا ٢/ ٤٥٨ ، ووصله النسائي في قسم الفيئ ٧/ ١١٩ ، وأخرجه ابن ماجة في الجهادباب الغلول ٢/ ٩٥٠ - ٩٥١ وفي إسناده عيسى بن سنان اختلف فيه كلام ابن معين ، قال لين الحديث وليس بالقوى قيل ضعيف وقيل لا بأس به وذكره ابن حبان في الثقات وباقى رجال الأسناد ثقات (مجمع الزوائد ٥/ ٣٤٠) .

(٤) فيه : سقطت من ق .

(٥) خرزات : هو ما ينظم في السلك من الجزع والودع ، الحب المثقوب من الزجاج ونحوه فصوص من الحجارة (الصحاح ٣/ ٨٧٦) .

(٦) أخرجه أبو داود في الجهاد باب في تعظيم الغلول ٣/ ١٥٥ ، والنسائي في الجنائز باب الصلاة على من غل ٤/ ٥٢ ، وابن ماجة في الجهاد باب الغلول ٢/ ٩٥٠ ، ومالك في الموطأ ٢/ ٤٥٨ .

(٧) أخرجه أبو داود في الحدود باب القطع في الخلسة والخيانة ٤/ ٥٥٢ ، وابن ماجة في الحدود باب الخائن والمنتهب والمختلس ٢/ ٨٦٤ ، والنسائي في قطع السارق باب ما لا قطع فيه ٨/ ٨١ ، والترمذي في الحدود باب ما جاء في الخائن والمختلس والمنتهب ٤/ ٤٢ وقال حديث حسن صحيح .

واحرقوا رحله »[1] ، ومعلوم أن هذا على وجه التغليظ ولم يأمر بقطعه فلو كان القطع واجباً لأمر به ، فإن سرقها بعد حيازتها يذكر في باب السرقة .

فصل [٨ - الغال لا يحرم] :

وإنما قلنا إنه لا يحرم سهمه خلافاً لقوم[2] لأنه قد استحق السهم بحضور سببه من القتال والحضور وغلوله لا يخرجه عن ذلك فلم يجب سهمه[3] ، ولأنه ليس في الغلول إلا ركوب أمر محرم وذلك طارئ بعد استحقاق السهم فلا يؤثر فيه

فصل [٩ - في الخمس] :

وتخمس الغنيمة وسائر أنواعها من عين وعرض[4] ونهب وسلب[5] ولا يختص القاتلون بالأسلاب إلا أن يرى الإمام أن يخصهم بها بوجه من الإجتهاد فيكون لهم حينئذ[6] وقال الشافعي الأسلاب غير مخمسة وهي للقاتلين دون غيرهم من أهل العسكر[7] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ واعلموا أن ما غنمتم من شيئ فإن لله خمسه ﴾[8] فأضاف الغنيمة إلى جماعة الغانمين واستثنى منها الخمس فدل على أن ما عداه لهم سلبا كان أو غيره ، وقوله ﷺ : « أدوا الخياط والمخيط »[9] فعم السلب وغيره ، وروي أنه ﷺ سئل عن الغنيمة

---

(١) أخرجه البيهقى ١٠٣/٩ وضعفه ، وأخرج أبو داود حديثا قريبا منه في اللفظ في الجهاد باب في عقوبة الغال ١٥٧/٣ .

(٢) جاء في المغنى : قال أبو بكر : في ذلك روايتان ، وقال الأوزاعى : في الصبى يغل يحرم سهمه ولا يحرق متاعه (المغنى ٨/ ٤٧٢) .

(٣) سهمه : سقطت من م و ر .

(٤) في م : عوض .

(٥) السلب : هو ما يوجد مع المحارب من ملبوس وغيره .

(٦) انظر المدونة ص ٣٨٦/١ - ٣٩٠ التفريع ص ٣٥٨/١ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٧) انظر الأم ص ٤/ ١٥٣ - ١٥٤ ، الاقناع ص ١٧٧ .

(٨) سورة الأنفال ، الآية : ٤١ .

(٩) سبق تخريخ الحديث في الصفحة (٦٠٥) .

فقال : « لله خمسها وأربعة آخماسها للجيش » قيل هل أحد أحق بها من أحد قال : « لا ولا السهم تستخرجه من جنب أخيك المسلم » [1] ، ولأنه مال مغنوم عن المشركين في الحرب فلم يختص به بعض الجيش دون الباقين إلا بأذن الإمام أصله ما عدى السلب واعتبارا به إذا قتله مُدْبِراً .

فصل [١٠ - الإمام ينادي بالسلب] :

وإنما قلنا إن للإمام أن ينادي بذلك إذا رأى ضعفاء من الجيش يرغبهم ويغريهم عن القتال وقد فعل النبي ﷺ ذلك يوم حنين ونادي: «من قتل قتيلاً فله النفل»[2].

فصل [١١ - في النفل] :

النفل [3] كله من الخمس سلبا كان أو غيره والنفل زيادة على السهم لمن ليس من أهل السهم يفعله الإمام لرأي يراه ويخص به إنسانا بعينه لحراسة أو محاصرة أو تجسيس أو تخبرا وزيادة عناء أو حسن بلاء أو غير ذلك مما يؤديه اجتهاده إليه فيكون ذلك من الخمس لأن الأربعة الأخماس ملك للغانمين فلا يجوز له أن يهب ملك غيره [4] ، والأصل فيه قوله عز وجل ﴿ وأعلموا أن ما غنمتم من شيئ فإن لله خمسه ﴾ [5] فدل مفهومه أن الأربعة الأخماس للغانمين ، وقوله ﷺ: « ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم » [6] .

---

(١) أخرجه البيهقى : ٩/ ٦٢ باسناد صحيح (مسالك الدلالة ١٦٩) .

(٢) أخرجه البخاري في فرض الخمس ، باب من لم يخمس الأسلاب : ٤/ ٥٧ ومسلم في الجهاد والسير باب استحقاق القاتل لسلب القتيل : ٣/ ١٣٧٠ .

(٣) النفل : ما يعطى الإمام من خمس الغنيمة لمستحقها لمصلحة (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١٥١) .

(٤) انظر الموطأ : ١/ ٤٥٤ - ٤٤٥ ، المدونة : ١/ ٣٩٠ - ١٩١ ، التفريع : ١/ ٣٥٨.

(٥) سورة الأنفال : الآية ، ٤١ .

(٦) أخرجة أبو دواد في الجهاد باب الإمام يستأثر بشئ من الفيء : ٢/ ٧٤ .

مسألة [١٢ - حكم ما غنم المسلمون من أموال المسلمين] :

ما حصل في أيدى العدو من أموال المسلمين على وجه الإغارة فإن أسلم من حصل في يديه وهو معه فلا سبيل لمالكه من المسلمين عليه وهو ملك لمن أسلم عليه [١] خلافاً للشافعي في قوله : أنه على ملك المسلم يكون له بغير ثمن [٢] لقوله ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » [٣] ولأن للكفار شبه ملك على ما حازه من أموال المسلمين يدل عليه قوله تعالى : ﴿ للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم ﴾ [٤] فسماهم فقراء بعد هجرتهم وتركهم ديارهم وأموالهم ، ولأنه لا خلاف أنهم لو أستهلكوه حال شركهم ثم أسلموا لم يضمنوه ، ولو أتلفه مسلم على صاحبه للزمه غرمه فدل ذلك على ثبوت شبهة ملك للمشرك .

فصل [١٣ - المال يعود إلى المسلمين بالغنيمة] :

فإذا ثبت هذا فإن عاد إلى المسلمين بالغنيمة في دار الحرب قبل إسلام من كان في يده فإن علم أنه ملك لمسلم لم يجز للجيش تملكه ولزم تركه إلى أن يأتي ربه، وإن لم يعلم أنه مال لمسلم [٥] فللغانمين تملكه واقتسامه فإن أتى وأقام البينة على تملكه قبل قسمته فهو له بغير ثمن خلافاً لعمرو بن دينار [٦] في قوله : أنه ملك لمن غنمه دون ربه [٧] ، وإن لم يعلم حتى قسم فصاحبه أولى به بالثمن فإن

---

(١) أنظر المدونة : ١/٣٧٨ - ٣٧٩ ، التفريع : ١/٣٥٨ ، الرسالة ١٩٠ .

(٢) آنظر مختصر المزنى ص ٢٧٣ .

(٣) أخرجه أحمد : ٤/١٩٩ ، وأبو عوانه والحاكم : ٣/٤٥٤ وصححه الألباني في إروائه ٥/١٢١ وقد سبق .

(٤) سورة الحشر : الاية ، ٨ .

(٥) في ق : مسلم .

(٦) عمرو بن دينار : الإمام أبو محمد الجمحى شيخ الحرم في زمانه سمع من ابن عباس وجابر وابن عمر وحدث عن ابن أبى مليكه وقتادة والزهرى ثقة ثبت ، ت ١٣٨ (انظر تقريب ص ٤٢١ وسير أعلام النبلاء : ٥/ ٣٠) .

(٧) وقاله الزهرى أيضاً ، (انظر المغنى : ٨/ ٤٣٠) .

لم يبذل قيمته فليس له أخذه خلافا للشافعى في قوله أنه له بغير ثمن قبل القسم وبعده [1] .

فصل [١٤ - إذا علم بملكه قبل قسمه] :

وإنما قلنا إنه إذا علم به قبل القسم فهو لمالكه بغير ثمن لحديث ابن عباس قال: وجد رجل من المسلمين بعيرا له في المغنم قد كان أصابه المشركون فقال له النبى ﷺ : « إن وجدته في المغنم فخذه وإن وجدته قد قسم فأنت أحق به بالثمن»[2]، وحديث ابن عمر أنه ذهب فرس له فأخذها فظهر عليهم المسلمون فردت عليه في زمان النبى ﷺ [3] ، ولأنه على أصل ملكه [4] لم يزل عنه بقسم ولا بإسلام من هو في يديه وقد زالت شبهة الملك عمن كان في يده بعوده إلى المغانم فكان ملكا لصاحبه .

وإنما شرطنا أن يعلم ذلك ببينة لأن الظاهر أنه من أموال الكفار وأنه بين المسلمين في جملة الغنائم ومدعيه يزعم أنه هو مستحق [5] له دونهم بأصل الملك وأنه لا يستحق قسمة فلا يقبل منه إلا ببينة .

فصل [١٥ - إذا قسم ملكه لم يكن له إلا بالثمن] :

وإنما قلنا إنه إذا قسم لم يكن له إلا بالثمن للحديث الذى رويناه وفيه : « فإن وجدته قد قسم فأنت أحق به بالثمن » [6] وهذا نص ، ولأنه لما جاز أن يملك

---

(١) أنظر مختصر المزنى ص ٢٧٣ .

(٢) أخرجه الدارقطنى : ٤/ ١١٤ ، والبيهقى : ١١١/٥ عن الحسن بن عماره وهو متروك وأخرجه الطبرانى في معجمه ، وأبو داود في مراسيله في حديث آخر (انظر نصب الراية : ٣/ ٤٣٤) .

(٣) أخرجه البخارى في الجهاد باب إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم: ٤/ ٣٥.

(٤) في ق : ولأنه أصل ملك .

(٥) في م : أنه المستحق .

(٦) سبق تخريج الحديث قريبا .

المسلم على الكافر بالقهر والغلبة جاز أن يملك الكافر عليه بمثل ذلك ، ولأن قسم الإمام قد قطع حق صاحبها منها مع تقدم شبهة يد الكافر عليها ، ولأن من حصلت في يده بالقسم أخذها بحق سهمه [(١)] بحكم الإمام فلو قلنا أنها تؤخذ منه بغير بذل لأدى ذلك إلى بطلان [(٢)] حقه من الغنيمة لأن الإمام لا يغرمه له ولا يقدر أن يرجع به على الغانمين .

فصل [١٦ - إذا بذل الثمن كان أولى به] :

وإنما قلنا إنه إذا بذل الثمن كان أولى به ممن حصل في يده لأنه مقدم عليه [(٣)] بحرمة تقدم الملك ولأنه إذا أعطاه الثمن [(٤)] صار الثمن كأنه هو المستحق وفي الحديث « فأنت أحق به بالثمن » [(٥)] .

مسألة [١٧ - الأكل من الغنيمة] :

ويجوز للعسكر أكل الطعام وذبح الماشية وأخذ العلوفات قبل القسم ولا يحاسبون به في الغنيمة [(٦)] لأن الصحابة كانوا يفعلون ذلك [(٧)] ، ولم ينقل أنه ﷺ أنكر ذلك [(٨)] عليهم ولا أحد من الأئمة بعده ولا أنهم تشاحوا في طعام ولا علوفة ، ووصى أبو بكر الصديق [(٩)] رضى الله عنه بذلك يزيد بن أبى

---

(١) في م : بغير سهمه .

(٢) في م : إبطال .

(٣) في م : عليهم .

(٤) الثمن : سقطت من م .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) أنظر المدونة : ١/٣٩٤ ، التفريع : ١/٣٦٢ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٧) عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : كنا نصيب في المغازى العسل أو الفاكهة فنأكله ولا نرفعه ، أخرجه البخاري في فرض الخمس باب ما يصيب من الطعام في أرض الحرب:٤/٦١ ، وأثر أبو بكر الذى سيأتى ذكره من المصنف .

(٨) ذلك سقطت من م .

(٩) الصديق : سقطت من ق .

سفيان [1] قال : لا تذبحن شاة إلا لمأكلة [2] ولأن بالعسكر حاجة إلى ذلك لهم ولخيلهم ولو منعوا منه لضاق بهم ولأحتاجوا إلى [3] الشراء أو استعداد ما يكفيهم إلى آخر الحرب من دار الإسلام وذلك باطل .

فصل [١٨ -فيمن يسهم له في قسم الغنائم] :

ومن مات واصلا [4] في أرض العدو وقبل القتال فلا سهم له ومن جاء بعد انقضاء الحرب فلا سهم له وإن حضر القتال فقاتل أو كثر أسهم له يعنى إلى انقضاء الحرب أو قاتل ومات ويأخذ ورثته سهمه ، وإن حضر مريضا لا يمكنه القتال حتى أنقضت فله سهمه [5] .

فصل [١٩ - فيمن مات قبل القتال] :

وإنما قلنا من مات قبل القتال فلا سهم له لأنه لم يحصل منه قتال ولا حضور لسببه فيكثر ولا أثر فيه [6] يفعل أصلا فكان بمنزلة أن يموت في دار الإسلام ، ولأن القتال سبب الغنيمة دون الخروج لأنه قد يلقى العدو إذا خرج وقد لا يلقاه .

فصل [٢٠ - فيمن جاء بعد انقضاء الحرب] :

وإنما قلنا إن من جاء بعد انقضاء الحرب فلا سهم له خلافاً لأبي حنيفة في قوله: أن المدد إذا جاء بعد تقضى الحرب والغنيمة لم تحمل إلى دار الإسلام فإنه يسهم له وإن حملت إلى دار الإسلام لم يسهم له [7] ، لقوله تعالى :

---

(١) يزيد بن أبي سفيان : بن حرب الأموى أخو معاوية صحابى مشهور أمره عمر على دمشق حتى مات بها سنة ١٨ هـ بالطاعون (أنظر تقريب التهذيب ص ٦٠١ ، سير أعلام النبلاء : ١/ ٣٢٨) .

(٢) سبق تخريج الأثر في الصفحة ٦٠٤ .

(٣) في ق : تكليف .

(٤) في م : فاصلا .

(٥) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١/ ٣٩١ - ٣٩٤ ، التفريع : ١/ ٣٦٠ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٦) في م : منهم .

(٧) انظر مختصر الطحاوي ص ٢٨٥ ، مختص القدورى : ٤/ ١٢٥ .

﴿واعلموا أن ما غنمتم من شيئ فإن لله خمسه وللرسول﴾ [1] فجعل بما في الغنيمة لمن غنمها ومن جاء بعد تقضى الحرب فلم يغنم شيئا فلم يكن له ، وروي (الغنيمة لمن شهد الوقيعة) [2] وأظن بعضهم رفعه ، ولأنه لم يحضر الحرب ولم يحصل منه قتال (فأشبه إذا جاء بعد الغنيمة ولأن من جاء بعد انقضاء الحرب ولم يحصل منه قتال) [3] ولا معاونة عليهافأشبه من جاء بعد عودة الناس إلى دار الإسلام .

فصل [٢١ - يسهم لمن شهد القتال قاتل أو لم يقاتل] :

وإنما قلنا إن من شهد القتال فله سهمه قاتل أو لم يقاتل فلأنه حضر سبب الغنيمة وهو القتال ، ولأنه ليس كل الجيش يقاتل لأن ذلك خلاف مصلحة الحرب لأنه يحتاج أن يكون بعضهم في الردء [4] وبعضهم يحفظون السواد وبعضهم في العلوفة على حسب ما يحتاج إليه في الحرب ، فلو قلنا أنهم يقاتلون كلهم لم يستمر على ما بيناه ، (ولو قلنا إنه لا يستحق إلا من قاتل لكان كل الجيش يقاتلون فيبطل التدبير) [5] ، ولذلك قلنا أن المريض يسهم له لأنه قد شهد الوقعة [6] وحصل منه التكثير ، وقيل في قوله تعالى : ﴿ وقيل لهم تعالوا قاتلوا في سبيل الله أو ادفعوا ﴾ [7] ، أي كثروا [8] .

---

(١) سورة الأنفال : الآية ، ٤١ .

(٢) أخرجه البيهقي : ٩/ ٥٠ - ٥١ مرفوعاً وموقوفاً وقال الصحيح إنه موقوف وأخرجه ابن أبى شيبه والطبرانى وابن عدى من طريق بخترى بن مختار عن عبد الرحمن بن مسعود عن على موقوفا (تلخيص الحبير : ٣/ ١٠٢) .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : رداء .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) في م : قد حضر الوقيعة .

(٧) سورة آل عمران : الآية ، ١٦٧ .

(٨) انظر تفسيرالطبرى ٧/ ٣٨٠ قاله السدي .

فصل [٢٢ - سهم المقتول في أول الحرب] :

وإنما قلنا إن له سهمه وإن قتل في أول الحرب لأنه قد استحقه بالقتال والحضور، فإن بقي كان له وإلا فلورثته لأنه حق تركه فوجب أن يورث عنه .

فصل [٢٣ - السهام للأجراء والصناع في الحرب إذا لم يقاتلوا ؟] :

ولا يسهم للأجراء والصناع المتشاغلين باكتسابهم [١] خلافاً لمن قال : إنه يسهم لهم [٢] لقوله تعالى : ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون في سبيل الله ﴾ [٣] ففرق بين حكميهما [٤] ، ولأنه لم يحصل منه المعنى الذى يستحق به السهم وهو القتال والتكثير والمعاونة لأنه إنما حضر لخدمة من استأجره أو لغرض من الأغراض [٥] غير القتل فلم يستحق السهم .

فصل [٢٤ - الأجير يقاتل] :

فأما من قاتل فله سهمه خلافاً لمن قال لا سهم [٦] له أصلا [٧] لأنه ممن خوطب بالجهاد فإذا قاتل أسهم له كغير الأجير ، ولأنه ليس في كونه أجيرا أكثر من أنه عوض على منافعه وذلك لا يمنع السهم له إذا قاتل كالذى يحج عن غيره[٨] ومعه تجارة أو يؤاجر نفسه للخدمة لأن ذلك لا يمنع صحة الحج .

فصل [٢٥ - هل يسهم للعبد والمرأة والصبي ؟] :

ولا يسهم لعبد ولا امرأة ولا صبى لأن هؤلاء فرض الجهاد ساقط عنهم فلم

---

(١) انظر التفريع : ١/ ٣٦٠ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٢) في إحدى الروايتين عن أحمد : يسهم لهم (انظر المغنى : ٨/ ٤٦٨ - ٤٦٩) .

(٣) سورة المزمل : الآية ، ٢٠ .

(٤) في ق : حكمها .

(٥) من الأغراض : سقطت من ق .

(٦) في م : لا يسهم .

(٧) قاله أحمد (انظر المغنى : ٨/ ٤٦٧) .

(٨) عن غيره سقطت من ق .

يسهم لهم [1] ولا بأس أن يرضخ [2] للمعاونة الحاصلة منهم فأما الصبى المراهق إذا أطاق القتال فيسهم له عندنا [3] خلافاً لأبى حنيفة والشافعي [4] لحديث سمرة ابن جندب [5] قال : كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الأنصار فيلحق من أدرك منهم فعرضت عليه عاماً فألحق غلاماً وردنى فقلت يا رسول الله : ألحقته ورددتنى ولو صارعنى لصرعته قال : فصارعنى فصرعته فألحقنى [6] ، ولأنه قد وجد فيه ما يوجد في البالغ من القتال والمكابدة للعدو وهو من الجنس الذى يسهم له فكان كالبالغ .

فصل [٢٦ - سهم الفارس والفرس] :

للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه [7] خلافاً لأبى حنيفة في قوله أن له سهمين [8] لما رواه ابن عمر (أنه ﷺ كان يسهم للخيل للفرس سهمين وللفارس سهما) [9] ، ورواه ابن عباس [10] وغيره ، ولأن الفارس لما زيد على الراجل لكثرة مؤونته وكانت مؤونة الفرس أكثر من مؤونة فارسه فوجب أن يزاد له أيضا بمثل ما له زيد فارسه على الراجل .

---

(١) انظر المدونة : ١/ ٣٩٣ ، التفريع : ١/ ٣٦٠ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٢) يرضخ لهم : أن يعطيهم شيئا ليس بالكثير (المصباح المنير ٢٢٨) .

(٣) انظر التفريع : ١/ ٣٢ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٤) انظر مختصر القدورى : ٤/ ١٣٢ ، الاقناع ص ١٧٥ .

(٥) سمرة بن جندب : بن هلال الفزارى حليف الأنصار صحابى مشهور له أحاديث مات بالبصرة سنة ثمان وخمسين (انظر تقريب التهذيب ص ٢٥٦ ، سير أعلام النبلاء: ٣/ ١٨٣) .

(٦) أخرجه البيهقى : ١٠/ ١٨ وأبو داود في المراسيل .

(٧) انظر المدونة : ١/ ٣٩١ ، التفريع : ١/ ٣٦٠ - ٣٦١ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٨) انظر مختصر الطحاوى ص ٢٨٥ ، مختصر القدورى ٤/ ١٣١ .

(٩) أخرجه البخاري في الجهاد باب سهام الفرس : ٣/ ٢١٨ ، ومسلم في الجهاد باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين : ٣/ ٣ ١٣٨ .

(١٠) حديث ابن عباس أخرجه الطبرانى وأبو يعلى (انظر مجمع الزوائد : ٣/ ٤٤٣) =

فصل [٢٧ - سهم الراجل] :

وللراجل [١] سهم لأن النبى ﷺ كذلك أسهم له وأضعف للفارس والفرس ، ولأن ذلك يوجب المساواة إلا أن يكون هناك معنى يقتضى الزيادة وليس ذلك بالفرس وقد ذكرناه .

فصل [٢٨ - فيمن كان له عدة أفراس] :

وإذا كان له عدة أفراس لم يسهم إلا لواحد [٢] خلافاً لأبي يوسف وغيره [٣] في قوله : إنه يسهم لفرسين ولا يسهم لما زاد عليهما ولابن الجهم [٤] من أصحابنا ، لأن النبى ﷺ لم يسهم إلا لواحد في حروبه كلها ، وكذلك الأئمة بعده ، ولأن العدو لا يمكن أن يقاتل إلا على فرس واحد وما زاد على ذلك رفاهة وزيادة لا يؤثر في زيادة السهمين كالذى معه زيادة سيوف أو رماح واعتبارا بالثالث والرابع .

فصل [٢٩ - الإسهام للهجن والبراذين] :

والهجن [٥] والبراذين [٦] إن أجازها الإمام أسهم لها[٧] لأنها في جنس الخيل

=وقال الترمذى : روى الحديث عن ابن عباس وجمع من جارية ، وابن عمرة عن أبيه ذكر ذلك الترمذى في سننه : ٤/ ١٠٥ .

(١) انظر المدونة : ١/ ٣٩٢ ، التفريع : ١١/ ٣٦٠ .

(٢) انظر الموطأ : ١/ ٤٥٧ ، التفريع : ١/ ٣٦٠ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ص ٢٨٥ ، مختصر القدورى : ٤/ ١٣٢ .

(٤) ابن الجهم : أبو بكر محمد بن أحمد بن إحمد بن الجهم ، سمع القاضى اسماعيل وروى عن إبراهيم بن حماد وعنه أبو بكر الابهري وجماعة ، ت ٣٢٩ هـ ، (شجرة النور الزكية ٧٨ - ٧٩) .

(٥) الهجن : هي الإبل ، والهجين ما كان أبوه عربي وأمه نبطية (الصحاح : ٦/٢٢١٦) .

(٦) البراذين : جمع برذون : وهو فرس عظيم الخلقة غليظ الأعضاء (لسان العرب : ١٣/ ٥١) .

(٧) انظر المدونة : ١/ ٣٩١ ، والتفريع : ١/ ٣٦١ .

العتاق وتولدها ، وإنما شرطنا اذن الإمام لأن الإنتفاع بها يختلف بحسب المواضع فالهجن والبراذين تصلح للمواضع المتوعرة كالشعاب والجبال والعتاق [1] تصلح للمواضع التي يأتى فيها الكر والفر فكان ذلك متعلقا برأي الإمام ، والعتاق خيل العرب والهجن والبراذين خيل الفرس والروم .

فصل [٣٠ - الإسهام للبغل والحمار والبعير] :

ولا يسهم لبغل ولا حمار ولا بعير [2] لقوله ﷺ : « للفرس سهمان [3] » فخصه بالإسهام ، ولأنه لم ينقل عنه أنه ﷺ أسهم لما سوي الخيل ولا الأئمة بعده ، ولأنه لا يتآتى القتال عليها ولا تصلح للكر ولا للفر وإنما تصلح للحمولة .

فصل [٣١ - في قسمة غنيمة السرية] :

إذا خرجت سرية [4] من عسكر فغنمت بينهما وبين بقية العسكر ، وإن خرجت من بلد لم يقسم لأهل البلد معهم [5] ، والفرق بين الموضعين أنها إذا خرجت من جملة عسكر فبقية العسكر ردء لها وعون فبقوتهم وصلت إلى الإنفراد لأنه لو دهمها أمر لأمدها بقية العسكر ولولا أنهم خلفها لما أقدمت على التقدم والإنفراد ، وليس كذلك إذا خرجت من بلد لأن أهل البلد ليسوا عونا لها حينئذ ولا ردءا بدليل أنه لو دهمها أمر لم يصل أهل البلد إلى معونتها ولا انتفعت بهم بانقطاعهم عنها فإذا كان كذلك وجب انفرادها بما غنمت .

---

(١) العتاق : مفرده عتيق وهو الخيار من كل شيئ ، فرس عتيق : رائع كريم بين العتق (الصحاح : ٤/١٥٢١) .

(٢) الموطأ : ١/٤٥٧ ، التفريع : ١/٣٦١ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) السرية : قطعت من الجيش ، فهي تسرى في خفية (المصباح المنير ص ٢٧٥) .

(٥) المدونة : ١/٣٩٠ ، التفريع : ١/٣٥٨ .

مسألة [٣٢ - غنيمة أموال أهل الحرب] :

ما غنم من أموال أهل الحرب على وجهين : منه مغنوم بقتال أو إيجاف[(١)] عليه بخيل أو ركاب فهذا يخمس فيكون خمسه للإمام وأربعة أخماسه للغانمين[(٢)] والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ واعلموا أن ما غنمتم من شيئ فإن لله خمسه ﴾ [(٣)] فدل على أن أربعة أخماسه للغانمين ، وقوله ﷺ : « ما لى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس » [(٤)] فدل أن الباقي لهم .

ومنه مغنوم بغير إيجاف ولا حاجة إلى قتال وذلك هو ما ينجلى عنه أهله ويتركونه رهبة [(٥)] وفزعا فهذا لا يقسم بل يصرف جميعه في مصالح المسلمين وحكمه حكم الخمس من الغنيمة خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه يخمس [(٦)] والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء ﴾ [(٧)] فأخبر تعالى بأن استحقاقهم القسم لا يكون إلا بإيجافهم ، وروي أنه ﷺ لما نزل على بني النضير فزعوا وجعلوا ينقبون الحصون ويهربون وحاز هو ﷺ الديار بما فيها فانتظر المسلمون القسم بينهم فنزلت هذه الآية [(٨)] .

---

(١) الإيجاف : التحريك والإيقاف والسير القتال ، وقولهم ما حصل بإيجاف أي بأعمال الخيل والركاب في تحصليه (غرر المقالة ص ١٩٠).

(٢) انظر المدونة : ١/ ٣٧٤ و ٣٨٦ - ٣٨٧ ، التفريع : ١/ ٣٥٨ ، الرسالة ص ١٩٠.

(٣) سورة الأنفال : الآية ، ٤١ .

(٤) سبق تخريج الحديث ص ٦٠٧ .

(٥) في م : هيبة .

(٦) انظر مختصر القدوري : ٤/ ١٣٦ .

(٧) سورة الحشر: الآية ، ٦ .

(٨) سبق تخريج الحديث ص ٦٠٣ .

فصل [٣٣ - حكم الفيئ والخراج والجزية] :

الفيئ [١] وخمس الغنيمة والخراج [٢] والجزية [٣] حكم كله واحد لا يخمس شيء منه بل يأخذ الإمام من كفايته وعياله [٤] بغير تقدير بل لو احتاج إلى جميعه لأخذه [٥] ويصرف الباقي في مصالح المسلمين من بناء القناطر والمساجد وعمارة الثغور وأرزاق القضاة على حسب ما يؤديه إليه اجتهاده ، (ويعطى من قرابة النبى ﷺ على ما يؤديه اجتهاده) [٦] ، وقال أبو حنيفة : يقسم خمس الغنيمة على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل ، قال وسهم النبى ﷺ وقد سقط بموته [٧] ، وقال الشافعي يقسم خمسة أخماس [٨] : سهم للنبى ﷺ ويصرف اليوم في مصالح المسلمين وسهم لذوي القربى غنيهم وفقيرهم، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل [٩] .

وحكى عن طاوس وغيره زيادة سهم سادس وهو ما ينصرف إلى عمارة الكعبة[١٠] ، فدليلنا قوله ﷺ : « ما لى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس

---

(١) الفيئ : هو المأخوذ من مال كافر مما سوى الغنيمة وسوى المختص بأخذه المحدودين (حدود ابن عرفة وشرح الرصاع ص ١٤٨) .

(٢) الخراج : وهو ما يحصل من غلة الأرض ولذلك أطلق على الجزية (المصباح المنير ص ١٦٦) .

(٣) والجزية : ما ألزم الكافر من مال لأمنه باستقراره تحت حكم الإسلام بصونه (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١٤٥) .

(٤) في م : عماله .

(٥) في م : الكافى له أخذه .

(٦) ما بين قوسين سقط من ق .

(٧) انظر مختصر الطحاوي ص ٢٨٤ - ٢٨٥ ، ومختصر القدوري : ١٣٣/٤ .

(٨) أخماس : سقطت من م .

(٩) انظر مختصر المزنى ص ٢٧٠ ، الإقناع ص ١٧٩ .

(١٠) وقاله أبو العالية (انظر المغنى : ٤٠٦/٦ - ٤٠٧) .

مردود فيكم »[1] ، ولم يقل أن خمس الخمس مردود فدل على أن ما زاد على قدر كفايته منه ينصرف في مصالح المسلمين ، ولأن أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضوان الله عليهم قسموا الخمس[2] على الاجتهاد[3] .

وروي أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما[4] كاناً لا يعطيان من سهم النبي ﷺ إلا الفقراء[5] وأن عمر بن الخطاب تلى قوله تعالى : ﴿ ما أفاء على رسوله . . إلى قوله : والذين جاءوا من بعدهم ﴾[6] فقال : إنَّ[7] هذه الآية قد استوعبت الناس كلهم حتى الراعي بعدن[8] .

وروي أن عليا دخل على عمر رضي الله عنهما في المرض الذى مات فيه فأعطاه سهم ذوى القربى فقال على رضى الله عنه : أن بناء العام غنى عنه وبالناس[9] حاجة فاقسمه فيهم[10] ، ولأنه نصيب من الخمس فجارٍ صرفه إلى الفقراء ومصالح المسلمين اعتبارا بما عدى خمسه عليه السلام ، وأما عمارة الكعبة فلم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الأئمة أن لها سهما مقدرا فكانت كسائر المصالح إن احتيج إلى عمارتها انفق عليها بقدر الحاجة .

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ٦٠٧ .

(٢) في م : خمس الخمس .

(٣) انظر في تخريج هذه الآثار : البيهقى : ٦/٣٤٣ ، الأموال ص ٣٣٥ .

(٤) رضي الله عنهما : سقطت من ق .

(٥) أخرجه البيهقى : ٦/٢٩٦ - ٣٠٢ .

(٦) سورة الحشر : الآية ، ٦ .

(٧) في م : أرى .

(٨) أخرجه البيهقى : ٦/٣٥١ ، عبد الرزاق : ٤/١٥١ .

(٩) في م : فأقسمه في الناس .

(١٠) انظر عبد الرزاق : ٥/٢٣٧ - ٢٣٨ ، الطحاوى : ٢/٣٦ .

مسالة [٣٤ - في الأسارى] :

الإمام في الأسارى مخير بين أشياء [١] :

إما قتلهم أو استرقاقهم أو فدائهم أسارى إن كانوا في أيدي العدو من المسلمين، أو منَ عليهم وأطلقهم بغير شيئ ، أو عقد ذمة على أداء الجزية في بلادنا فإذا لم يقتلهم فبأي وجه [٢] رآه من هذه الوجوه فقد حصل لهم معه الأمان فلا يجوز بعده قتلهم .

فصل [٣٥ - جواز قتل الأسارى] :

فأما جواز قتلهم فلا خلاف فيه [٣] إلا ما يحكى عن بعض التابعين [٤] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض ﴾ [٥] قيل بالقتل الكثير [٦] ، وقوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ [٧] ، ولأنه ﷺ قتل جماعة من الأسارى منهم عقبة والنضر بن الحارث وغيرهما [٨] ، وروي عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال في الفجاءة : وددت أنى لم أحرقه وكنت قتلته سريحا أو أطلقته نجيجا [٩] ، وقتل

---

(١) انظر المدونة : ١/٣٧٤ ، التفريع : ١/٣٦١ - ٣٦٢ ، الرسالة : ٢/٣٦ .

(٢) وجه : سقطت من ق .

(٣) انظر بداية المحتهد : ٦/١٠ .

(٤) كان الحسن يكره قتل الأسير حكاه أشعت (انظر أحكام القرآن للقرطبى - ١٦/٢٢٧) .

(٥) سورة الأنفال : الآية ، ٦٧ .

(٦) انظر تفسير الطبرى : ١٠/٤٢ .

(٧) سورة التوبة : الآية ٥ .

(٨) أخرج هذا الحديث الطبرانى والشافعي والبيهقى : ٩/٦٤ - ٦٥ ، ابن أبي شيبة : ١٤/٣٧٢ والدارقطنى وأخرجه أبو داود في مراسيله وأبو عبيد في الأموال (انظر نصب الراية : ٣/٤٠٢ ، ومجمع الزوائد : ٦/٩٢) .

(٩) الفجاءة : هو إياس عبد الله بن عبد ياليل - حرقه أبو بكر وهو مقموط لأنه زعم =

أبو موسى الأشعرى دهقان السوس [1] وكان أعطاه الأمان على جماعة لم يدخل نفسه فيهم وليس في ذلك خلاف يعتمد عليه .

فصل [٣٦ - في استرقاق الأسارى] :

فأما جواز استرقاقهم فلأنهم جنس مشركون فجاز استرقاقهم إذا رآه الإمام كالنساء والعبيد والصبيان ، ولأنه ليس في كونهم رجالا بالغين إلا خيفة المقاتلة وذلك لا يمنع استرقاقهم كالصبيان إنه يخاف منهم المقاتله بعد الكبر ثم لا يمنع ذلك استرقاقهم .

فصل [٣٧ - استبقاء الاسرى على أداء الجزية] :

فأما جواز استبقائهم على أداء الجزية وكونهم أحرارا فاعتبارا ، بمن جاءنا ابتداء وسأل عقد الذمة له ، ولأن ذلك موجب الظاهر من قوله عز وجل : ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ [2] وقوله ﷺ لأمرائه : « فإن أبوا فادعهما إلى أداء الجزية [3] » [4] ، ولأنهم لو بذلوا ذلك قبل القدرة عليهم لقبلناهم فكذلك بعدها .

فصل [٣٨ - المفاداة] :

وأما جواز المن عليهم [5] أو المفاداة [6] بهم خلافاً لأبي حنيفة في منعه الأمرين [7] ، فلقوله تعالى : ﴿ فإما منًّا بعد وإما فداء ﴾ [8] ، وهذا نص ولأنه

=أنه أسلم فجهزه أبو بكر بجيش فلما سار جعل لا يمر بمسلم ولا مرتد إلا قتله وأخذ ماله (اظر قصة الفجاءة في البداية والنهاية : ٣٤٤/٦) .

(١) لم أعثر على تخريج لهذا الأثر .

(٢) سورة التوبة : الآية ، ٢٩ .

(٣) أداء الجزية : سقطت من م .

(٤) سبق تخريج الحديث ص ٦٠٢ .

(٥) المن : هوإطلاقهم من غير جزية (أحكام القرآن للقرطبى : ٢٢٦/١٦) .

(٦) المفاداة : وهو اطلاقهم بفدية يدفعونها .

(٧) انظر مختصر القدورى : ١٢٤/٤ .

(٨) سورة محمد : الآية ، ٤ .

ﷺ إذ أراد قتل أبي عزة الشاعر لما أسر ببدر فقال له أطلقني فإني ذو عيال فأطلقه على أن لا يرجع إلى القتال فمضى إلى المشركين وقال سخرت من محمد ثم عاد فقاتل فأخذ فطلب أن يطلق فقال ﷺ : « لا يلسع المؤمن من جحر مرتين» وقتله بيده [1] وسئل في ثمامه بن أثال [2] فمن عليه [3] ، وقال ﷺ : « لو كان مطعم حيا فسألني في هؤلاء لأطلقتهم له » [4] ، وأما المفاداة فلقوله تعالى: ﴿فإما منا بعد وإما فداء﴾ [5] ، وبفعله ﷺ بأسارى بدر أطلقهم على مال أخذه منهم [6] ، وأطلق أسيرا من عقيل وفادى به رجلين من أصحابه كانا أسيرين من ثقيف [7] .

فصل [٣٩ - الأمان] :

وإنما قلنا إن كل ذلك يتضمن الأمان لأنه لا يفعل إلا مع الاستبقاء فلم يجز قتلهم من بعد لأنه قد يكون غدرا ، والغدر ممنوع غير جائز لقوله تعالى : ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾ [8] ، وقوله ﷺ : « ينصب للغادر لواء يوم القيامة يقال هذه غدرة فلان » [9] .

---

(١) الحديث بهذه القصة أخرجه البيهقي : ٩/ ٦٥ أما قوله ﷺ « لا يلسع المؤمن من جحر مرتين » فقد أخرجه مسلم في الزهد والرقائق باب لا يلدغ المؤمن من حجر مرتين: ٤/ ٢٢٩٥ .

(٢) وهو سيد أهل اليمامة .

(٣) أخرجه البخاري في المغازي باب وفد بن حنيفة وحديث ثمامة بن أثال : ٥/ ١١٧ ، ومسلم في الجهاد والسير باب ربط الأسير وحبسه وجواز المن عليه : ٣/ ١٤٤٢ .

(٤) أخرجه البخاري في الجهاد باب من النبي ﷺ على الأسارى : ٤/ ٥٣ .

(٥) سورة محمد : الآية ، ٤ .

(٦) أخرجه مسلم في الجهاد باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر وإباحة الغنائم: ٣/ ١٣٨٣- ١٣٨٥ .

(٧) انظر المستدرك للحاكم ٣/ ٣٢٤ .

(٨) سورة الأنفال : الآية ، ٥٨ .

(٩) أخرجه البخاري في الجزية باب إثم الغادر للبر والفاجر : ٤/ ٧١ ، ومسلم في الجهاد والسير باب تحريم الغدر : ٣/ ١٣٨٠ .

فصل [٤٠ - أمان المسلم] :

أمان الحر المسلم العاقل البالغ لازم لا يجوز نقضه ذكرا كان أو أنثى [(١)] ، وقال عبد الملك أمان من سوى أمير الجيش موقوف على إجازته : فإن رأى أن يمضيه وإلا رده [(٢)] ، وجه الأول قوله ﷺ : « ويسعى بذمتهم أدناهم » [(٣)] وهذا عام، لأن أم هانئ [(٤)] أجارت رجلا من المشركين يوم الفتح فقال رسول ﷺ : « قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ » [(٥)] وكذلك العباس [(٦)] مع أبي سفيان أجاره بغير أمر النبي ﷺ فلم ينكر عليه [(٧)] ، ووجه الثاني هو أنه لا يؤمن أن يكون في ذلك ضرر على المسلمين فكان موقوفا على رأي الإمام ، ولأنهم لو رأوا استرقاق الأسارى أو المن عليهم وأباه الإمام لكان ذلك إليه فكذلك الأمان ، ولأن في ذلك افتياتا على الأئمة وتقدما عليهم وذلك غير جائز .

فصل [٤١ - آمان العبد] :

آمان العبد جائز أذن له سيده في القتال أو لم يأذن [(٨)] خلافاً لأبى حنيفة في

---

(١) انظر المدونة : ١/ ٤٠٠ - ٤٠١ ، الرسالة ص ١٩٠ .

(٢) انظر الكافى ص ٢١٠ ، المقدمات : ١/ ٣٦٨ .

(٣) أخرجه النسائى في القسامة باب سقوط القود من المسلم للكافر : ٨/ ٢١ وأبو داود في الديات باب أيقتل المسلم بالكافر : ٤/ ٦٦٦ ، وأحمد : ٢/ ٢١١ والحاكم مختصر : ٢/ ١٤١ وقال : في التنقيح سنده صحيح (نصب الراية : ٤/ ٣٣٥) .

(٤) أم هانئ : بنت أبى طالب الهاشمية اسمها فاختة وقيل هند لها صحبة وأحاديث ، ماتت في خلافة معاويه (انظر تقريب التهذيب ص ٥٩) .

(٥) أخرجه البخاري في الصلاة باب الصلاة في الثوب الواحد ملتحفا به : ١/ ٩٤ ، ومسلم في صلاة المسافرين باب استحباب صلاة الضحى : ١/ ٤٩٨ .

(٦) العباس : بن عبد المطلب بن هاشم عم النبى ﷺ مشهور ، مات سنة اثنين وثلاثين أو بعدها وهو ابن ثمان وثمانين (انظر تقريب التهذيب ص ٢٩٣ ، سير أعلام النبلاء: ٢/ ٧٨) .

(٧) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر .

(٨) انظر المدونة : ١/ ٤٠٠ - ٤٠١ ، الرسالة ص ١٩٠ ، الكافى ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

قوله أنه إن لم يأذن له لم يجز أمانه [1] لقوله : « ويسعى بذمتهم أدناهم » وروي « ويجير عليهم أدناهم » [2] ، ولأن صحة الأمان لا يتعلق بالإذن في القتال كالحر إذا لم يأذن له الإمام في القتال .

فصل [٤٢ - أمان الصبى] :

والصبى إذا عقد الأمان جاز أمانه عند ابن القاسم [3] لأنه ممن يعقل الأمان كالبالغ .

فصل [٤٣ - قتل النساء والصبيان] :

ولا يقتل النساء ولا الصبيان [4] لقوله تعالى : ﴿ وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ﴾ [5] ، ولأنه ﷺ نهى عن قتل النساء ولا الصبيان وقال : « لا تقتلوا طفلا أو امرأة » [6] ، ولأنهم أموال ورقيق للمسلمين .

فصل [٤٤ - قتل الرهبان والشيوخ] :

فأما الرهبان والشيوخ الهرماء [7] فلا يقتلوا إلا أن يكون في تبقيتهم ضرر على الإسلام مثل أن يكونوا من ذوى الرأي والتدبير والمشورة فإن قتلهم جائز[8] وقال الشافعي يقتلون وإن لم يكن فيهم ضرر [8] ودليلنا قوله ﷺ : « ولا تقتلوا شيخا

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ٢٩٢ ، مختصر القدورى : ٤/ ١٢٦ - ١٢٧ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٣) انظر المدونة : ١/ ٤٤٠ .

(٤) انظر المدونة : ١/ ٣٧٠ ، التفريع : ١/ ٣٥٧ ، الرسالة ص ١٨٩ .

(٥) سورة البقرة : الآية ، ١٩٠ .

(٦) أخرجه البخاري في الجهاد باب قتل النساء في الحرب : ٤/ ٢١ ، ومسلم في الجهاد باب تأمير الأمراء : ٣/ ١٣٥٧ .

(٧) في م : الهرم .

(٨) انظر المدونة : ١/ ٣٧٠ ، الرسالة ص ١٨٩ .

(٩) انظر مختصر المزنى ص ٢٧٢ ، الإقناع ص ١٧٦ .

فانيا »[1] ، وقوله : « ولا تقتلوا أهل الصوامع »[2] وروي مثله عن أبي بكر الصديق[3] رضوان الله عليه[4] ولا مخالف له ، ولأنه لا فضل فيهم للقتال ولا ضرر في تبقيتهم على المسلمين كالنساء والصبيان .

فصل [٤٥ - في الرهائن] :

وإذا ارتهن المسلمون من المشركين رهائن فأسلموا وهم في أيدينا رددناهم ولم يجز لنا حبسهم[5] خلافاً لمن أبى ذلك لأن في منع ردهم غرر بهم وذلك غير جائز ، ولأنه ﷺ صالح المشركين يوم الحديبية على أن من أتاه منهم رده إليهم ومن أتاهم منا لم يردوهم فكلمه عمر رضى الله عنه في ذلك فقال ﷺ : « من ذهب منا إليهم فأبعده الله ومن جاء منهم إلينا فرددناه جعل الله له مخرجا »[6] ، ولأنا إذا لم نرد رهائنهم لم نؤمن غدرهم بالمسلمين لأنهم أيضا يهتمون[7] بالرهائن ما داموا على دينهم ، ومراعاة العامة أولى من رعاة الواحد والاثنين ، وقد فعل ﷺ ذلك مع أبي رافع[8] لما جاءه رسولا لهم فأسلم فقال له : ارجع

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد باب في دعاء المشركين : ٣/٨٦ ، والبيهقي : ٩/ ٩٠ من رواية خالد بن الفرز وهو مختلف فيه .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢/٣٨٦ وأحمد : ١/ ٣٠٠ ، والبيهقي : ٩/ ٩٠ من حديث إبراهيم عن إسماعيل وإبراهيم هذا ضعيف .

(٣) الصديق : سقطت من ق .

(٤) البيهقي : ٩/ ٩٠ .

(٥) انظر التفريع : ١/ ٣٦٢ .

(٦) أخرجه البخاري في الجهاد باب ناقة النبى ﷺ : ٣/ ٢٢٠ ، ومسلم في الجهاد باب صلح الحديبية : ٢/ ١٤٠٩ .

(٧) في م و ر : أنما يتهمون .

(٨) أبو رافع مولى رسول الله ﷺ كان للعباس وهبه للنبى ﷺ اختلف في اسمه قيل إبراهيم وقيل ثابت وقيل هرمز كان قبطيا توفى في خلافة عثمان وقيل في خلافة على وهو الصواب (الاستيعاب : ٤/١٦٥٧) .

إليهم [١] ، ورد أبا جندل [٢] وأبا بصير [٣] يمشيان في قيودهما وجاءاه مسلمين وقال : « سيجعل الله لكما فرجاً ومخرجاً » [٤] .

فصل [٤٦ - فيمن أسلم على وجه الصلح وله أرض] :

ومن أسلم على وجه الصلح فأرضه ملك له لا يعترض عليه فيها كسائر أملاكه، ومن فتحت أرضه عنوة فهي مغنومة لا يكون أحق بها كسائر الأموال المغنومة عنهم [٥] ، فإن كانت عامرة ووجد الإمام من يسكنها من المسلمين ويؤدى خراجها تركها وقفا للمسلمين ولم يقسمها كأرض السواد خلافاً لمن يقول أنها تقسم [٦] لإخبار الله تعالى : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى . . . إلى قوله : والذين جاءوا من بعدهم ﴾ [٧] وبذلك احتج عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال أن هذه الآية مستوعبة لجميع المسلمين حتى الراعى بعدن [٨] ، وطولب بقسمتها فامتنع فلج به بلال فقال : اللهم اكفنى بلالا وذوي بلال [٩] ، ولم ينكر أحد من الصحابة عليه ذلك ، وتلاه عثمان وعلى رضي الله عنهما على مثله [١٠]، ومع ذلك فإن رأي الإمام في وقت من الأوقات قسمتها رأيا لم يمتنع أن

---

(١) أخرجه الحاكم : ٣/٥٩٨ .

(٢) أبو جندل : العاص بن سهيل بن عبد شمس بن عبد ود الصحابى الجليل توفى شهيدا في طاعون عمواس سنة ثمانى عشرة (شذرات الذهب : ١/ ٣٠ ، سير أعلام النبلاء: ١/١٩٣) .

(٣) أبو بصير : اختلف في اسمه ونسبه ، فقيل عبيد بن أسيد بن جارية ، وقيل اسمه عتبه بن جارية بن أسيد ، وقال ابن إسحق أبو بصير : عتبه بن أسيد جارية ، قصتة عام الحديبية مشهورة (الأنساب : ٤/ ١٦١٢) .

(٤) أخرجه البخاري في الصلح مع المشركين : ٣/ ١٦٨ .

(٥) انظر : الفواكه الدوانى : ١/٤١٨ .

(٦) يقول ابن حزم بتقسيمها (انظر : المحلى : ٧/ ٣٤٤) .

(٧) سورة الحشر : الآية ، ٧ - ١٠ .

(٨) سبق تخريج الأثر .

(٩) انظر البيهقى : ٦/ ٣٥١ .

(١٠) انظر عبد الرزاق : ٥/ ٢٣٧ .

يقال له ذلك فيما يفتحه من بعد ، ولأن النبى ﷺ قد غنم غنائم وأراضي لم ينقل أنه قسم منها إلا خيبر [١] ، وهذا إجماع السلف والله أعلم .

(تم كتاب الجهاد ولله الحمد) [٢] .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في المغازى باب زوة خيبر : ٥/٧٢ .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .



كتاب الأيمان [1] والنذور [2]

الحلف الجائز هو بالله وبصفات ذاته والحلف بغيره ممنوع كالحلف بالأنبياء والآباء أو بالكعبة أو ما أشبة ذلك من المخلوقات [3] لقوله ﷺ : « لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا تحلفوا إلا بالله ومن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» [4] .

فصل [١ - المحلوف به] :

المحلوف به ، ضربان : قديم ومحدث ، فالقديم هو الله تعالى وصفات ذاته والكفارة تتعلق بهذا الضرب دون غيره ، والمحدث ما عدى البارى وصفاته فلا كفارة في الحلف بشيئ / من ذلك [5] .

فصل [٢ - في الحنث] :

وإنما قلنا إن الحنث [6] في الحلف بالله تجب به الكفارة لقوله : ﴿ ولكن

---

(١) الأيمان : بفتح الهمزة - جمع يمين ، وهي لغة مأخوذة من اليمين العضو المعروف ، واصطلاحاً اليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر لقبول معلق بأمر مقصود عدمه (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٢٦) .

(٢) النذور : جمع نذر ، وهو إيجاب امرئ على نفسه لله تعالى أمرا وأخصه المأمور بأدائه التزام طاعة بنية قربة لا لا متناع من أمر (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص١٣٨).

(٣) انظر المدونة : ٢/٢٩ - ٣٠ ، التفريع : ١/٣٨١ ، الرسالة ص ١٩٢ .

(٤) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور باب لا تحلفوا بآبائكم : ٧/٢٢١ ، ومسلم في الأيمان باب النهى عن الحلف بغير الله : ٣/١٢٦٧ .

(٥) انظر المدونة : ٢/٣١ ، التفريع : ١/٣٨١ - ٣٨٢ .

(٦) الحنث : إذا لم يف بموجب يمينه وحلفه .

يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ [1] واتفق على أن اليمين بالله داخله في هذا [2] ، وقوله ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » [3] ، ولا خلاف في ذلك .

فصل [٣ - الحلف بأسمائه تعالى وصفاته] :

وجميع أسمائه تعالى تتعلق بها الكفارة كالرحمن والرحيم والعزيز والسميع والعليم وما أشبه ذلك ، وكذلك صفات ذاته كعلمه وقدرته وجلاله وعظمته وكبريائه وعزته وكلامه وعهده وميثاقة وكفالته وحقه وسائر صفات ذاته [4] ، وإنما قلنا ذلك لأنها يمين بقديم غير مخلوق فكان كالحلف بالذات .

فصل [٤ - الحلف بالعهد] :

فأما العهد [5] فالدليل على أنها يمين قوله تعالى : ﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ﴾ [6] وذلك يدل على أن العهد والميثاق والكفالة أيمان ، ولأن عرف الناس جار بالحلف بهذه الأشياء وهي من صفات الذات .

فصل [٥ - في كون العهد والميثاق والكفالة يمين ولو أطلق] :

ويكون يمينا وإن أطلق [7] خلافاً للشافعي [8] ، لأنها صفة من صفات الذات فإطلاقها كتعينها أصله العلم والقدرة .

---

(١) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٢) تفسير الطبري : ٧/ ١٣ .

(٣) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور باب الكفارة قبل الحنث وبعده : ٧/ ٢٤٠ ، ومسلم في الأيمان باب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها : ٣/ ١٢٦٨ .

(٤) انظر المدونة : ٢/ ٢٩ - ٣٠ ، التفريع : ١/ ٣٨١ - ٣٨٢ .

(٥) وذلك بإن يقول : وعهد الله أو على عهد الله .

(٦) سورة النحل : الآية ، ٩١ .

(٧) أي يطلقها عن لفظ الجلالة وذلك بأن يقول على العهد : أو بالكفالة والميثاق .

(٨) انظر الأم ٧/ ٦٣ ، والإقناع ١٨٨ .

فصل [٦ - فيمن قال على عهد الله وميثاقه وكفالته] :

وإذا قال علي عهد الله وميثاقه وكفالته : فإن أراد التكرار أو التأكيد فكفارة واحدة ، وإن أراد الأستئناف فلكل واحد كفارة ، وذمة الله في معنى عهده [١] .

فصل [٧ - الحلف بزمانة الله] :

وأمانة الله يمين تكفر لأنها من صفات الذات فإن أراد الأفعال التى بين العباد فلا كفارة وهذا التفسير لأشهب .

فصل [٨ - من قال : أقسم وأشهد وأحلف] :

إذا قال : أقسم وأشهد وأحلف فإن أراد بالله فهي يمين وإن أراد غيره أو أطلق[٢] لم تكن يمينا تكفر [٣] خلافاً لأبى حنيفة في قوله إنها أيمان أراد بها الله أو لم يرده[٤] والشافعي في بعض أقاويله أنها ليست بأيمان أراد بها الله أو لم يرده [٥] ، فدليلنا على أبي حنيفة أن الإطلاق لا يتضمن محلوفا [٦] به مخصوصاً لأن القسم قد يكون بغير الله وكذلك الحلف فإذا ثبت ذلك فكان يمينا تعرت عن اسم الله وصفاته لفظاً ونية وعرفاً فلا كفارة فيها كقوله والنبى والكعبة ، ودليلنا على الشافعي أن القسم يمين لقوله تعالى ﴿ واقسموا بالله جهد أيمانهم ﴾ [٧] ولا فرق عند أهل اللغة بين قولهم أقسمت وحلفت [٨] ، ومنه قوله تعالى ﴿ إذ اقسموا

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣٠ ، التفريع : ١/ ٣٨٢ .

(٢) في ق : وان أراد غيره وأطلق .

(٣) انظر المدونة : ٢/ ٣٠ ، التفريع : ١/ ٣٨٢ .

(٤) انظر مختصر الطحاوى ص ٣٠٥ ، مختصر القدورى : ٤/ ٦ و ٧ .

(٥) انظر مختصر المزنى ص ٢٩٠ .

(٦) في م : مخلوقاته .

(٧) سورة الأنعام : الآية ، ١٠٩ .

(٨) قال صاحب الصحاح : حلف أي أقسم (٤/ ١٣٤٦) .

ليصرمنها مصبحين [1] ﴾ [2] معناه حلفوا [3] ، وقوله ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾ [4] يريد نحلف [5] .

فصل [٩ - في قوله : أقسمت عليك] :

إذا قال أقسمت عليك لتفعلن كذا [6] : فإن أراد سؤاله فلا كفارة عليه وليست يمين ، وإن أراد اليمين كان على ما قدمناه [7] .

فصل [١٠ - الحلف بما يفيد الخروج من الإسلام إن لم يقع المحلوف عليه] :

إذا قال أشركت بالله أو أكفر بالله أو هو يهودى أو نصرانى أو برئ من الله أو من الإسلام أو من النبى أو القرآن أو الكعبة أو ما أشبهه ذلك فكل هذا لا كفارة فيه [8] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن ذلك كله أيمان [9] ، لأنها أيمان تعرت عن اسم الله وصفاته فلم يجب بالحنث فيها كفارة يمين أصله قوله والنبى والكعبة، ولأنه حلف بالبراءة ممن لا يجوز التبرى منه كقوله هو برئ من الكعبة.

فصل [١١ - أقسام الأيمان] :

الأيمان على ثلاثة أقسام لغو وغموس ومنعقدة :

واللغو هو أن يحلف على شيئ يظنه على ما حلف عليه ثم يتبين له أنه بخلافه فهذا لا أثم فيه ولا كفارة .

---

(١) مصبحين : سقطت من ق .

(٢) سورة القلم : الآية ، ١٧ .

(٣) انظر تفسير الطبرى : ٢٩/٢٩ .

(٤) سورة المنافقون : الآية ، ١ .

(٥) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبى : ١٢٢/١٨ .

(٦) ولم يفعله (التفريع : ٣٨٢/١) .

(٧) انظر المدونة : ٣١/٢ - ٣٣ ، التفريع : ٣٨٢/١ .

(٨) انظر المدونة : ٣١/٢ - ٣٣ ، التفريع : ٣٨٢/١ .

(٩) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٥ ، مختصر القدورى : ٧/٤ .

والغموس هو أن يحلف على الماضي متعمدا للكذب فهذا أعظم إثما من أن تكون فيه كفارة .

والمنعقدة هو الذي يجب بالحنث فيه الكفارة على ما سنذكره .

فصل [١٢ - في لغو اليمين] :

وإنما قلنا إن اللغو ما وصفناه لأن من حلف على علمه أو غلبة ظنه ولم يوجد منه استخفافا بحرمة اليمين ولا جرأة ولا إقدام على التغرير بها لأنه علقها على وصف مراعى مطابقاً لها وهو علمه وغلبة ظنه ومطابقة اليمين له انعقادها على ذلك الوجه : فإن كان على ما حلف عليه فقد بر ، وإن كان بخلاف ذلك فلا شيئ عليه [1] لأن اليمين لم تنعقد لأنها وقعت محلولة .

فصل [١٣ - في قوله : لا والله وبلى والله] :

واختلف أصحابنا في قوله : لا والله وبلى والله وعلى سبق [2] اللسان : فقال ابن القاسم عن مالك ليس بلغو [3] لأن صفة اللغو على ما ذكرناه ، وقال إسماعيل بن اسحق وشيخنا أبو بكر الأبهري وغيرهما أنه من حيز اللغو لأنه لا يتأتى البر ولا الحنث فيه ولا يمكن الاحتراز منه .

فصل [١٤ - اليمين الغموس] :

وإنما قلنا إن الغموس لا كفارة فيها [4] خلافاً للشافعي [5] ، لقوله تعالى : ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ [6] وهذه محلولة غير منعقدة لأن المنعقدة ما أمكن حله إذا أنعقد ، لأن العقد في مقابلة الحل والماضي واقع على وجه واحد لا يمكن تغييره [7] ، ولأنها يمين لا يتأتي فيها بر ولا حنث كا للغو ، ولأن

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٢٨ - ٢٩ ، التفريع : ١/ ٣٨٢ - ٣٨٣ ، الرسالة ص ١٩٢ .

(٢) في م : على سير .

(٣) انظر المدونة : ٢/ ٢٨ .

(٤) انظر المدونة : ٢/ ٢٨ ، التفريع : ١/ ٣٨٢ ، الرسالة ص ١٩٢ .

(٥) انظر الأقناع ص ١٨٩ .

(٦) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٧) في ق : تغيره .

الكفارة معنى يرفع حكم اليمين فلم تتعلق بالحلف [1] على الماضى أصله الأستثناء، ولأن الحنث مخالفة الشئ المحلوف عليه لليمين وذلك يقتضى تقديم اليمين ليصح وصف الفعل إذا وقع بأنه حنث ومتى تأخرت عنه وقع عاريا من الحكم له بذلك فلا يصير محكوما له من بعد .

فصل [١٥ - اليمين المنعقدة] :

فأما المنعقد فهو ما تأتى البر والحنث فيه [2] وذلك هو الحلف على المستقبل وينقسم أربعة أقسام [3] : أحدها أن يحلف لا فعلت ، والثانى إن فعلت ، والثالث لأفعلن ، والرابع إن لم أفعل ، فأما يمينه لا فعلت وإن فعلت فهو على بر لا يحنث إلا بأن يفعل ما حلف أن لا يفعله / فتلزمه حينئذ الكفارة .

فصل [١٦ - البر والحنث] :

وإنما قلنا ذلك لأن الأيمان مترددة بين البر والحنث وترقبهما فالبر هو الموافقة مثل أن يحلف ليضربن عبده أو ليدخلن الدار فيفعل ذلك ، والحنث بالمخالفة من أن يحلف أن لا يفعله فيفعله ، وإذا ثبت ذلك فهذا إذا حلف أن لا يفعل هو وقت حلفه غير فاعل فهو على بر ، وإنما الحنث مترقب فيما بعد فإن فعل حنث لأن المخالفة حينئذ وجدت منه فإن لم يفعل فهو على أصل البر وكذلك قوله : إن فعلت ؛ فأما يمينه لأفعلن وإن لم أفعل فإنه على حنث يفعل فيبر ، وإنما قلنا ذلك لأن المخالفة موجودة منه في الحال لأنه قال إن لم أضرب عبدى فهو في الحال غير ضارب فهذا حنث إذ الحنث ليس بأكثر من المخالفة والبر مترقب فيما بعد : كالحالف لا فعلت لأن الموافقة موجودة والحنث مترقب فيما بعد ، فإذا ثبت ذلك فإن الحنث لا يتحقق عليه إلا بأحد أمرين : إما بأن يأتى حال يستحيل معها فعل

---

(١) في ق : بالحنث .

(٢) البر : هو الموافقة لما حلف ، والحنث : مخالفة الشيئ المحلوف عليه لليمين .

(٣) انظر المدونة : ٢/ ٢٩ ، التفريع : ١/ ٣٨٣ ، الرسالة ص ١٩٢ .

المحلوف مثل أن يحلف ليأكلن هذا الرغيف فيحترق أو يأكله غيره فحينئذ يتحقق الحنث لأنا نيأس من بره فها هنا تنحتم الكفارة عليه [1] أو النذر إن كان نذراً .

والآخر أن يكون ضرب أجلا مثل أن يقول : والله لأدخلن اليوم الدار فإن هذا على بر ما لم يتضيق الوقت فإذا خرج اليوم ولم يدخل حنث فاذا ثبت هذا فليس يفترق حكم الأفعال التى يحلف ليفعلنها أو إن لم يفعلها من كونها طاعة أو معصية في باب البر والحنث ، وإنما يفترقان في أنه لا يؤمر بالبر في المعصية ويؤمر بالحنث لأن بره معصية مثاله : إذا احلف إن لم يشرب خمرا فيقال له أنت الآن على حنث وينبغى لك أن تكفر يمينك [2] لأن اليمين أو النذر لا يسقط عنك إلا أن تبر والبر حرام عليك واستدامة الحنث واجبه عليك لازمة لك فإن عصى وشرب الخمر فقد بر في يمينه بمعنى أنه وافقها ولم يحنث فسقط حكمها أصلا وأثم بذلك الفعل لأنه في نفسه معصية سواء على يمين أو وقع منفردا .

فأما أفعال البر فإنه مختر فيها وكذلك الإباحة مثل يمينه ليصلين أو ليصومن يوماً أو أن لم يكلم فلاناً أو يدخل الدار فإنه مختر في ذلك شاء أن يفعل فعل وحكم اليمين والنذر واحد في هذا الكتاب [3] .

فصل [١٧ - الإستثناء في اليمين] :

للإستثناء تأثير في حل اليمين ورفع موجبها ، والأصل فيه قوله ﷺ : « من حلف واستثنى رجع غير حانث » [4] ، ولا خلاف في ذلك [5] .

---

(١) عليه : سقطت من ق .

(٢) في ق : وينبغى له أن يكفر .

(٣) في ق : في هذا اليمين وهو خطأ .

(٤) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور باب الإستثناء في اليمين : ٣/ ٥٧٦ ، والنسائي في الأيمان والنذور باب من حلف فاستثنى : ٧/ ١٢ والترمذي في النذور والأيمان باب الإستثناء في اليمين : ٤/ ٩١ وقال حديث حسن .

(٥) انظر المغنى : ٨/ ٧١٥ ، بداية المجتهد : ٦/ ١٢٠ .

فصل [١٨ - فيما يؤثر فيه الإستثناء] :

فإذا ثبت ذلك فإنما يؤثر في اليمين بالله أو بصفاته أو بالنذر الذى لا مخرج له وهو كل موضع تدخله الكفارة ، وما عدى ذلك من يمين بطلاق أو عتاق أو حج أو مشي أو صدقة أو غير ذلك فلا يؤثر الإستثناء فيه [١] ، وهذا يرد في كتاب الطلاق [٢] .

فصل [١٩ - في قوله : إن شاء الله] :

لا يكون قوله : إن شاء الله استثناء إلا أن يقصد به الإستثناء ورفع اليمين ومنع عقدها [٣] ، فأما إن قصد التبرك أو التأكيد أو سبق على لسانه أو كانت عادته أن لا يذكر شياء ليفعله إلا ويقرنه بالمشيئة اعتقادا أن الأشياء لا تكون إلا بمشيئة الله عز وجل قصد التلفظ أو لم يقصد به شيئا فإنه لا يكون استثناء ، والأصل فيه أن الكلام إنما يتعلق به حكم إذا كان مقصودا ، ولأنه معنى يرفع به حكم اليمين فاحتاج إلى نية الكفارة .

فصل [٢٠ - اتصال الاستثناء باليمين] :

ومن حق الاستثناء أن يكون متصلا باليمين غير متراخ عنها [٤] خلافاً لما يحكى عن ابن عباس من جوازه بعد حين [٥] وعن غيره في اعتبار المجلس [٦] لأن أهل اللغة لم يستعملوه إلا متصلا ويستقبحونه متراخيا يبين ذلك أن القائل ضربت عبيدى إلا ميموناً أن ميموناً مضروب [٧] إذ قاله متصلا فلو سكت ثم قال : بعد

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣٣ - ٣٤ ، التفريع : ١/ ٣٨٣ .

(٢) انظر الصفحة (٨٤٤) من الكتاب .

(٣) انظر المدونه : ٢/ ٣٣ ، التفريع : ١/ ٣٨٣ .

(٤) انظر المدونة : ٢/ ٣٣ - ٣٤ ، التفريع ص ٣٨٣ .

(٥) انظر تفسير القرطبي : ٦/ ٢٧٣ ، المغنى : ٨/ ٧١٦ .

(٦) حكي هذا القول عن بعض أصحاب أحمد وعن الحسن وعطاء (انظر المغني ص٧١٦).

(٧) في ق : متصوب عندهم .

زمن طويل إلا ميموناً لعدوه هاذياً هذا هو المتعارف من خطابهم ، ولأن الاستثناء لما كان لا يفيد بانفراده لتعلقه بما تقدم لم يحسن إفراده عنه كما لا يحسن الأبتداء به ، ولأنهم يجرونه مجرى الشرط والتقييد وخبر المبتدأ وكل ذلك يجب اتصاله بالكلام ، ولأن ذلك يؤدى إلى أن لا يوثق أحد من أحد بوعد أو وعيد وأن يتوقف في الأوامر والنواهي والأخبار بجواز ورود الاستثناء عليها بعد تراخي الوقت وهذا على طريقة من منع تأخير البيان من أصحابنا هذا حجة المسألة [1] من طريق اللغة .

فصل [٢١ - دليل وقوع الحنث] :

فأما ما يدل على وقوع الحنث وأن إيراد الاستثناء متراخياً لا يؤثر في سقوط الكفارة فقوله ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » [2] موضع الدليل : أنه قصد بيان ما يخرج به عن اليمين فلو كان الاستثناء مخرج عنها لذكره لأنه أخف من الحنث ومن الكفار ، ولأن ذلك يؤدى إلى أن لا يحنث أحد في يمين لأنه إذا أراد المخالفة استثنى وانحلت يمينه ، ولا يجوز التعلق في ذلك بقوله ﷺ : « واللهلأغزون قريشاً » ثم سكت ساعة ثم قال : « إن شاء الله » [3] لأن ذلك امتثال لأمر الله تعالى لأنه كان أُنْسِيَ أن يصله بالكلام ثم ذكر وهذا تأويل أبي عبيد [4] ، وهذا إذا قطعه عن اليمين مختارا فأما إن انقطع عليه بسعال أو بسعال أو انقطاع نفس أو تثاوب أو ما أشبة ذلك ثم وصله بيمينه فإنه يصح .

---

(١) المسألة سقطت من م .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٣٠) .

(٣) أخرجه أبو داود في الأيمان باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت : ٣/ ٥٨٩ ، والبيهقى : ٤٨/١٠ ، وابن حبان وأبو يعلى وابن عدى في الكامل والحديث مرسل (نصب الراية : ٣/ ٣٠٣) .

(٤) انظر فتح البارى : ٦٠٣/١١ .

وأبو عبيد : هو القاسم بن سلام الهروي الأزدى الخزاعى من كبار علماء الحديث والفقه والأدب ، ثقة فاضل ، ت ٢٢٤هـ بمكة (تقريب التهذيب ص ٤٥٠ ، شذرات الذهب:٢/ ٥٤) .

فإنما قلنا ذلك لأن هذا في حكم الواصل عن أهل اللغة والشرع لأنه كذلك في الشرط والتقييد فكذلك في الاستثناء ولأن مثل هذا لو تخللل بين قوله : لا إله وبين قوله : إلا الله لم يجعله كفرا وإن كان كفرا مع الأختيار كذلك ها هنا .

فصل [٢٢ - الاستثناء بالنطق فقط] :

لا يكون الاستثناء إلا نطقاً فإن نواه أو عقده من غير نطق لم ينفعه [١] والأصل فيه قوله ﷺ : « من حلف فقال إن شاء الله رجع غير حانث » [٢] وذلك يفيد النطق ، لأنه رفع لحكم اليمين كالكفارة ولو نوى أن عبده حر عن الكفارة لم يجز إلا أن يتلفظ به .

فصل [٢٣ - في عقد اليمين من غير نطق] :

واختلف متأخرو أصحابنا في عقد اليمين من غير نطق فمنهم من قال : يصح ومنهم من قال : لا يصح بناء على عقد الطلاق بالقلب [٣] فإن قلنا لا يصح فالباب واحد ، وأن قلنا يصح فالفرق بين اليمين والاستثناء أن اليمين إيجاب وإلزام والاستثناء رفع وحل للوجوب وما طريقه الألزام أغلط مما طريقه الإباحة والتحليل فجاز أن تنعقد اليمين بالقلب وأن لا ينعقد الاستثناء إلا بالفظ .

فصل [٢٤ - النية مع عقد اليمين] :

ليس من شرطه أن ينوى [٤] مع عقد اليمين لأن ذلك يوجب أن لا تحل [٥] يمين ابتدئ عقدها دون نيته [٦] وذلك باطل : فإذا ابتدأ غير ناوٍ ثم نوى قبل فراغه من اليمين جاز ، وإن فرغ من التلفظ [٧] بها ثم أتى به متصلا غير متراخ على

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣٤ ، التفريع : ١/ ٣٨٤ .
(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ٦٣٥ .
(٣) انظر المدونة : ٢/ ٣٤ ، التفريع : ١/ ٣٨٤ .
(٤) في م : يكون .
(٥) في م : يتحلل .
(٦) دون نيته : سقطت من ق .
(٧) في م : اللفظ .

الحدالذي يأتي المواز لا يصح [1] ، فوجه قول مالك عموم الخبر ، واعتباراً به لو نواه الفراغ بعلة الأتصال مع النية ، ووجه قول ابن المواز أن اليمين فرغ منها عارية من الاستثناء فوروده بعدها لا يؤثر كالتمراخي ، والأول أصح .

فصل [٢٥ - حكم من حلف ألا يفعل شيئاً ففعل بعضه أو أشياء ففعل واحدا] :

إذا حلف ألا يفعل شيئاً ففعل بعضه أو أشياء ففعل واحدا منها حنث [2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] ، لأن اليمين على الجملة يتعلق بها وبأبعاضها كالحالف[4] ليفعلن ، ولأن المنع في الجملة يفهم منه منع البعض أصله منع الغير.

فصل [٢٦ - إذا حلف على شيئ بعينه] :

إذا حلف على شيئ بعينه لا ينتفع به [5] فقد قطع المن عنه تعلقت يمينه بكل ما في بابه [6] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يحنث إلا بما حلف عليه وحده [7] ، لأن من يمن غيره عليه [8] فيحلف مجيباً له بأن يقول : والله لا شربت لك الماء فإنه يفهم منه أراد والله لا انتفعت بشيئ من مالك أصلاونصه على الماء تنبيه بالأدون [9] على جميع ما في بابه كقوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف﴾[10] ، وإذا ثبت ذلك قلنا لأنه لفظ يفهم منه الامتناع من جملة الأنتفاع فأشبه أن يتلفظ به .

---

(١) انظر المدونة : ٢/٣٣ - ٣٤ ، التفريع : ١/٣٨٣ - ٣٨٤ .
(٢) انظر المدونة : ٢/٣٦ - ٣٨ ، التفريع : ١/ ٣٨٤ .
(٣) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٨ ، مختصر المزنى ص ٢٩٥ .
(٤) في م : كالحلف .
(٥) في م : لا انتفع به .
(٦) انظر المدونة : ٢/٣٧ ٠ ٣٨ ، التفريع : ١/ ٣٨٤ - ٣٨٥ .
(٧) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٨ - ٣٠٩ ، مختصر المزنى ص ٢٩٥ .
(٨) في م : من يمن عليه غيره ، ومعنى ذلك أنه أقسم عليه يمين .
(٩) في م : بالأدنى .
(١٠) سورة الأسراء : الآية ، ٢٣ .

فصل [٢٧ - من حلف على شيئ ثم فعله ساهياً] :

ومن حلف لا أفعل شيئاً ففعله ساهياً حنث [١] خلافاً للشافعي [٢] لأنه حصل منه الفعل على وجه ينسب إليه وينفرد بإضافته إليه كالعامد ، ويفارق المكره لأن الفعل لا ينسب إليه بل إلى من أكرهه ، ألا ترى أنه لا يقال دخل فلان الدار وإنما يقال أُدخل .

فصل [٢٨ - الأعتبار في الأيمان] :

الأعتبار في الأيمان بالنية فإن عدمت فالسبب الذى أثار اليمين ليستدل منه عليها فإن عدم [٣] أجرى اللفظ على ما يقتضية عرف التخاطب [٤] دون عرف الفعل في المحلوف عليه ، فإن لم يكن عرف أجري على موضوعه [٥] مثال ذلك : إذا حلف أن لا يأكل رأساً فإن كانت له نية وإلا نظر في السبب فقصر على ما يقتضيه فإن كانت كل رأس ولا يراعى رؤوس الغنم أو الأبل أو البقر خلافاً لمن يراعى الأستعمال ، لأن ذلك لا يؤثر في اللفظ لأنه [٦] يختلف باختلاف العادات في البلاد ، ألا ترى أن العرف في الخبز جار [٧] في الحنطة في أغلب البلاد وسيما في البلاد الكبار المشار إليها ، ثم لو حلف الخليفة في الملك العظيم لا آكل خبزاً حنث بأكل خبزاً الدخن ، وكذلك لو حلف لا أكل لحماً لحنث عندهم بأكل لحم الخنزير ولحم [٨] بنى آدم وإن لم يجر ذلك عرف استعمال ، وفروع هذا الباب عظيمة لا يحتملها هذا المختصر .

---

(١) انظر الكافى ص ١٩٥ .

(٢) انظر مختصر المزنى ص ٢٩٤ والمهذب : ٢/ ١٣٧ .

(٣) في م : عري .

(٤) في م : المخاطب .

(٥) انظر المدونة : ٢/ ٤٩ - ٥٩ ، التفريع : ١/ ٣٨٤ .

(٦) في م : لا .

(٧) في م : جائز

(٨) لحم : سقطت من ق .

فصل [٢٩ - فيمن حرم على نفسه بعض ما يحل له سوى الزوجة] :

إذا حرم على نفسه طعاماً أو شراباً أو أمة أوبعض ما يحل له سوى الزوجة فلا يحرم عليه ولا يؤثر ذلك القول شيئاً [(١)] خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه يلزمه كفارة يمين في المأكول والمشروب دون الملبوس والطيب [(٢)] ، لقوله تعالى : ﴿ لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ﴾ [(٣)] ، ولأنه حرم على نفسه ما لا يصح فيه طلاق ولا عتاق فلم يكن للتحريم تأثير أصله اللباس والطيب .

فصل [٣٠ - إذا كرر اليمين] :

إذا كرر اليمين فان أراد الاستئناف فلكل يمين كفارة وإن أراد التأكيد فكفارة واحدة وإن أطلق حمل على التأكيد [(٤)] ، ولا يكون الاستئناف إلا بالقصد لأن الظاهر تأكيد والاستئناف ايجاب كفارة مبتدأة فلا تثبت إلا بالقصد [(٥)] .

فصل [٣١ - كفارة اليمين] :

كفارة اليمين أربعة أنواع : إطعام وكسوة وإعتاق وصيام وهي على التخيير بأيها شاء أن يكفر مع القدرة على الآخرين فعل إلا لصوم فإنه لا يجزيه إلا مع العجز عن هذه الأنواع الثلاثة .

فأما الأطعام فهو أن يطعم عشرة مساكين مدا لكل مسكين بالمد الأصغر إن كان بالمدينة ، وإن كان بغيرها من الأمصار فوسطها من الشبع وهو رطلان من الخبز بالبغدادى وشيئ من الإدام وإن اقتصر على مد أجزأه .

والكسوة لكل إنسان قدر ما تجزيه [(٦)] به الصلاة فللرجل ثوب وللمرأة ثوبان

---

(١) انظر الكافى ص ١٩٥ .

(٢) مختصر القدورى : ٩/٤ .

(٣) سورة المائدة : الآية ، ٨٧ .

(٤) في ق : التكرار .

(٥) انظر المدونة : ٣٧/٢ ، التفريع : ٣٨٤/١ ، الرسالة ص ١٩٤ .

(٦) في م : يجزى .

درع وخمار ولا يجزيه [1] أن يصرف الكسوة والأطعام إلا إلى العدد المشترك وهو العشرة ولا يجزيه إلا المؤمنون الأحرار ، وله أن يطعم الصغير ولكن قدر ما يكفي الكبير .

وأما الإعتاق فأن يحرر رقبة مؤمنة كاملة ليس فيها شرك ولا عقد عتق من تدبير أو كتابة أو استيلاد أو عتق إلى أجل أو من الأقارب وكل من يستحق عتقه بغير الكفارة سليمة غير معينة .

وأما الصيام فثلاثة أيام يستحب له متابعتها ، وتجزيه إن فرقها [2] .

فصل [٣٢ - حصر الكفارة في الأنواع الأربعة] :

وإنما حصرنا الكفارة على الأنواع الأربعة لقوله تعالى : ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين . . . إلى قوله : ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم ﴾ [3] فأخبر أن ذلك جملة الكفارة فلم يبق زائد عليها ولا خلاف في ذلك [4] .

فصل [٣٣ - دليل التخيير في الكفارة] :

وإنما قلنا إنه مخير في الأنواع الثلاثة لقوله تعالى : ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين . . . إلى قوله : أو كسوتهم أو تحرير رقبة ﴾ [5] وأو موضوعها التخيير ولا خلاف في ذلك [6] ، وإنما قلنا إن الصوم لا يجزوه مع القدرة على إحداهما[7] لقوله تعالى : ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾ [8] فشرط في كونه كفارة أن يكون عاجزاً عن الأنواع الثلاثة ، ولا خلاف في ذلك [9] .

---

(١) في م : يجوز .

(٢) في جملة أحكام كفارة اليمين انظر : المدونة : ٣٩/٢ - ٤١ ، التفريع : ٣٨٦/١، الرسالة ص ١٩٣ .

(٣) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٤) انظر المغنى : ٧/ ٧٣٤ ، فتح البارى : ١٨٨/٥ .

(٥) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٦) انظر المغنى : ٧/ ٧٣٤ ، فتح الباري : ١٨٨/٥ .

(٧) في م : أحدهما .

(٨) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٩) انظر المغنى : ٧/ ٧٣٤ ، فتح البارى : ١٨٨/٥ .

فصل [٣٤ - دليل التقدير في الأطعام] :

وإنما قدرنا الأطعام بالمد أو زيادة يسيرة [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله يخرج من البر نصف صاع ومن التمر والشعير صاعاً [٢] لقوله تعالى : ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ [٣] والوسط هو أغلب عادات [٤] الناس وهو ما بين الأقل والأكثر ، ولأنه إطعام [٥] في كفارة كالفطر في رمضان ، وإنما فرقنا بين المدينة وغيرها لضيق العيش بها وتعذر الأقوات فيها واتساعه في غيرها[٦] .

فصل [٣٥ - الدليل في تقدير الكسوة] :

وإنما قدرنا الكسوة بما ذكرناه خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يجزوّه أقل ما يتناوله الأسم [٧] ، لقوله عز وجل ﴿ أو كسوتهم ﴾ [٨] وإطلاق ذلك لا يفهم منه المنديل وحده أو المئزر وحده ولأنه مصروف إلى المسكين في الكفارة فوجب أن يكون مقدراً كالإطعام واذا الكسوة المطلقة تنصرف [٩] إلى الشرعية وليس ما يتعلق به حكم [١٠] في الشرع إلا ما قلناه .

فصل [٣٦ - اشتراط العدد في الإطعام والكسوة] :

وإنما قلنا إن العدد مشترط في الإطعام والكسوة خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه

---

(١) انظر التفريع : ٣٨٦/١ ، الرسالة ص ١٩٣ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ٢١٤ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى : ٧٣/٣.

(٣) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٤) في م : عادة .

(٥) في م : طعام .

(٦) في ق : غيره

(٧) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٦ ، مختصر المزنى ص ٢٩٢ .

(٨) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٩) في م : تصرف .

(١٠) في م : حتم .

يجزيه [1] صرف الإطعام والكسوة إلى مسكين واحد في عشرة أيام [2] ، لقوله تعالى ﴿ أو إطعام عشرة مساكين ﴾ [3] فأخبر أن الكفارة صرف الإطعام إلى هذا العدد لأنه تعالى جعل لكل مسكين جزاء من الطعام فلم يجز أن يستبد بجميعه ، ولأنه دفع جميع الكفارة إلى مسكين واحد فلم تجزه كما لو دفعها [4] في اليوم الأول .

فصل [٣٧ - اشتراط كون المساكين مسلمين] :

وإنما شرطنا أن يكونوا مسلمين خلافاً لأبى حنيفة في تجويزه دفعها إلى أهل الذمة [5] ، اعتباراً بزكاة المال ، ولأنه ناقص بالكفر كالحربى ، ولأن كل من لا يجوز دفع زكاة المال إليه فكذلك الكفارة كالمرتد .

فصل [٣٨ - اشترط كونهم أحرارا] :

وإنما شرطنا أن يكونوا أحرارا لأن العبد ليس بمسكين لاستغنائه بمنفعة سيده وكذلك المكاتب خلافاً لأبي حنيفة [6] لأنه باق على حكم الرق كالمدبر .

وإنما جوزنا إعطاءها للصغير لوجود الصفات المعتبرة فيه وهى كونه حرا مسلما مسكينا ويعطى ما يكفى الكبير وإلا كان ناقصاً [7] من المقدار .

فصل [٣٩ - اشتراط كون الرقبة مؤمنة] :

وإنما اشترطنا في الإعتاق أن تكون الرقبة مؤمنة خلافاً لأبي حنيفة [8] لأنه تكفير بعتق فأشبه كفارة القتل واعتبارا بالمرتد والوثنى .

---

(١) في م : يجزي .
(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ٢١٤ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى : ٣/ ٧٣.
(٣) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .
(٤) في ق : أدفعها .
(٥) انظر مختصر الطحاوي ص ٢١٣ - ٢١٤ ، تحفة الفقهاء : ١/ ٣٤٢ .
(٦) انظر المراجع السابقة .
(٧) في م : نقصانا .
(٨) انظر مختصر الطحاوي ص ١٢٣ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى :٣/ ٧٠.

وإنما منعنا أن يكون فيها شرك لقوله : ﴿ فتحرير رقبة ﴾ [1] وبعض الرقبة ليس برقبة ، ولأن التكفير إنما يكون بنوع دون الجمع بين البدل والمبدل .

فصل [٤٠ - أن لا يكون في الرقبة عقد عتق] :

وإنما قلنا لا يكون فيها عقد عتق لأن التحرير يقتضى ابتداء الإعتاق دون تخير عقد متقدم ، ولأن عتق من فيه من عقود العتق مستحق على السيد [2] بغير الكفارة فأشبه أم الولد ، وهذه علة جامعة لكل ما في هذا الباب .

فصل [٤١ - في كون الرقبة سليمة] :

وإنما قلنا سليمة خلافاً لداود في تجويزة اعتاق المعيبة [3] ، لقوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة ﴾ [4] والإطلاق يقتضى رقبة كاملة والقطعاء والعمياء ناقصة ، ولأنه نقص في الرقبة كالنقص في الدين .

فصل [٤٢ - في كون الصيام ثلاثة أيام] :

وإنما قلنا إن الصيام ثلاثة أيام لورود النص بذلك والاجماع عليه [5] .

وإنما استحببنا له أن يتابعها لأن ذلك أكمل وأفضل وأداءه [6] على الوجه الجائز بالإجماع .

وإنما أجزنا له تفريقها خلافاً للشافعي في أحد قوليه [7] لأن الظاهر مطلق غير مقيد ، ولأنه نوع دون عدد يكفر به اليمين فجاز تفريقه أصله الإطعام والكسوة .

---

(١) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٢) في ق : على السبب .

(٣) انظر المحلى : ٨/ ٤٥٢ .

(٤) سورة المائدة : الآية ، ٨٩ .

(٥) انظر المغنى : ٨/ ٧٥٢ ، فتح البارى : ٥/ ١٨٨ . . . و ١١/ ٥٠٣ .

(٦) في ق : وكماله .

(٧) انظرمختصر المزنى ص ٢٩١ .

فصل [٤٣ - في تقديم الكفارة على الحنث] :

وفي تقديم الكفارة على الحنث روايتان [١] : إحداهما الجواز وهو قول الشافعي [٢] ، والأخرى المنع وهو قول أبي حنيفة [٣] ، فوجه الجواز قوله ﷺ : « من حلف يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير»[٤]، وروي « فيأت الذى خير وليكفر عن يمينه » [٥] وذلك يفيد التخيير ، ولأنه معنى لرفع حكم اليمين كالاستثناء ، ولأن الكفارة أقوى من الاستثناء لأنه يؤتى بها متصله ومنفصلة والاستثناء لا يؤتى به إلا متصلا فإذا أثر الاستثناء قبل الحنث فالكفارة أولى ، ولأنه كفر بعد العقد فأشبه أن يكفر بعد العقد والحنث ووجه المنع قوله ﷺ : « فأت الذى هو خير ثم كفر عن يمينك » [٦] وهذا نص ، ولأنه حق في مال تعلق بسبب فلم يجز تقديمه على سببه أصله الزكاة ، ولأن الكفارات[٧] في الأصول يجوز تقديمها على ما يوجبها اعتبارا بالظهار والقتل .

فصل [٤٤ - لا فصل بين الصيام وغيره في تقديم الكفارة على الحنث] :

وإذا قلنا بالجواز فلا فصل بين الصيام وغيره [٨] ، خلافاً للشافعي [٩] ، لأنه أحد أنواع الكفارة فأشبه الإعتاق والإطعام .

---

(١) انظر المدونة : ٣٨/٢ ، التفريع : ٣٨٧/١ .

(٢) انظر مختصر المزنى ص ٢٩١ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٧ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى : ٨/٤ .

(٤) أخرجه مسلم في الأيمان باب من حلف يمينا فرأى غيرها خيراً منها : ١٢٧٢/٣ ، ومالك : ٤٧٨/٢ .

(٥) سبق تخريج الحديث ٦٣٠ .

(٦) أخرجه البخاري في الأيمان والبذور باب قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢١٦/٧ ، ومسلم في الأيمان باب ندب من حلف يميناً فرأي غيرها خيراً منها:٣/ ١٢٧٣ - ١٢٧٤ .

(٧) في م : الكفارة .

(٨) انظر المدونة : ٣٨/٢ ، الكافى ص ١٩٨ .

(٩) انظر مختصر المزنى ص ٢٩١ .

باب [في النذر]

النذر على ضربين (١) مجهول ومعلوم : فالمجهول هو الذى لا يبين مخرجه بنية ولا نطق مثل : أن يقول لله على النذر ولا يبين ما هو ، فهذا يلزم فيه كفارة يمين ، فإن سمى له مخرجاً ونوى به شيئاً . سقط اعتبار الكفارة (٢) وصار الحكم للمخرج الذى سُمِّي له وهذا هو الضرب الثانى من النذر وهو المعلوم الذى قد سُمِّي مخرجه وبيَّن المراد به ، ولا يخلوا مخرجه من أربعة أقسام : أما أن يكون طاعة وقربة كالصلاة والصوم والحج وسائر ما يتقرب به .

أو أن يكون معصية كالقتل والزنا وشرب الخمر وغير ذلك .

أو أن يكون مكروها كنذر ترك التنقل والتطوع .

أو أن يكون مباحاً كنذر أكل بعض المباحات ولبس الثياب الفاخرة وغيرها والطيب والمشي في بعض الطرق وما أشبه ذلك ، فالذى يلزم الوفاء به من هذا كله هو الطاعة والقربة دون ما عداها ، فأما المعصية فيحرم الوفاء بها ، وأما ترك التنفل فيكره الوفاء به ، فأما المباح فلا يتعلق بنذره حكم أصلا (٣) .

نوع آخر

والنذر ضربان : مطلق ومقيد .

فالمطلق هو أن يكون مستقلا بنفسه غير معلق (٤) بغيره إما بأن يتبين مخرجه أو لا يتبين مثل أن يقول لله على نذر ويسكت أو يقول هو كذا وكذا .

---

(١) في ق : على وجهين .

(٢) في م : اعتباراً بالكفارة .

(٣) في جملة أحكام النذر هذه انظر : المدونة : ٢/ ٩ وما بعدها ، التفريع : ١/ ٣٧٥ – ٣٧٦ ، الرسالة ص ١٩٣ .

(٤) في ق : متعلق .

والمقيد هو أن يعلقه بغيره ويجعله شرطاً فيه مثل أن يقول إن كان كذا وكذا فلا يلزمه النذر إلا بوجود ذلك الشرط ، ثم ما يقيد به ينقسم إلى أربع أقسام كانقسام ما يحلف عليه وهو أن يقول لله عليَّ نذر صلاة أو صوم أو صدقة إن فعلت أو إن لم أفعل أو لافعلن أو لا فعلت [١] وكذلك ما ليس من فعله كقوله إن شفى الله مريضى أو قدم غائبى أو رزقنى مالا أو ما أشبه ذلك وكل هذا عندنا يلزم الوفاء به إذا وجد شرطه من غير اعتبار بشرطه أن يكون طاعة أو معصية أو مباحاً كاليمين سواء إلا إن متعلق النذر ينقسم إلى أربعة [٢] أقسام كانقسامه في نفسه .

منه ما يجب فعله مثل أن يعلق النذر بواجب كقوله : لله علي نذر إن صليت الظهر في وقتها وما أشبه ذلك فهذا يلزم الوفاء به ويلزم فعل الشرط فإن اجترأ وأثم وأخر الصلاة عن وقتها شئ عليه من نذره [٣] لأنه لم يوجد شرطه .

ومنه ما يحرم فعله كقوله لله على نذر إن لم أشرب خمراً فهذا لا يجوز فعله فإن شرب عصى وأثم وسقط عنه النذر .

ومنه ما يكره الوفاء به كقوله لله على النذر إن تنفلت الليلة بصلاة يقصد ذلك منع نفسه من فعلها لا شوقاً إليها [٤] فهذا يكره له الوفاء به ويستحب له أن يتنفل ويكفر فإن لم يتنفل حتى خرجت الليلة فلا نذر عليه ، ومنه ما يكون الوفاء به مباحاً مثل أن يعلق النذر بما لا يحرم عليه فعله كان طاعة أو مباحاً كما ينذر فعل طاعة بشرط طاعة كقوله لله علي أن أحج السنة إن صمت غدا أو بشرط مباح كقوله إن كلمت زيدا فيكون مخيراً في ذلك إن فعله لزمه النذر وإن لم يفعله لم يلزمه [٥] .

---

(١) في م : لفعلت .

(٢) أربعة : سقطت من م .

(٣) في ق : نذر .

(٤) لا شوقاً إليها : سقطت من م .

(٥) انظر : المدونة : ١٩/٢ ، التفريع : ٣٧٦/١ - ٣٧٧ ، الرسالة ص ١٩٣ .

نـوع آخـر

ولا يفترق الحكم [(١)] عندنا بأن يكون النذر [(٢)] على وجه التبرر والرضاً أو اللحاج [(٣)] والغضب في جميع أحكامه ، فأما التبرر والرضاً فهو أن يكون على سبيل الشكر كقوله لله على نذر إن شفى الله مريضي أو قدم غائبى أو سلم مالى أو رزقنى الحج أو ما أشبه ذلك ، واللجاج أن يقصد منع نفسه من فعل سيئ ومعاقبتها بإلزام نفسه النذر كقوله لله علي نذر إن أكلت هذا الرغيف أو إن كلمت فلاناً أو بت في دارى أو ما أشبه ذلك مما يقصد به غيظ نفسه والتشديد عليها فالحكم في ذلك كله سواء على ما بيناه [(٤)] .

فصل [١ - النذر المجهول] :

وإنما قلنا إن النذر المجهول ينعقد وتلزم فيه كفارة يمين لقوله ﷺ : « كفارة النذر كفارة اليمين » [(٥)] ، وروي « من نذر نذراً لم يسمه فعليه كفارة يمين »[(٦)]، ولأنه نذر مقصود به القربة فوجب أن يثبت حكمه كالمسمى ، لأن معنى النذر الإيجاب وأدنى واجب مقدر كفارة يمين .

فصل [٢ - وجوب الوفاء بنذر الطاعة] :

وإنما قلنا إن الوفاء بنذر الطاعة واجب لقوله ﷺ : (من نذر أن يطع الله فليطعه) [(٧)] ، ولأن القول أحد نوعى الإيجاب بالشرع كالفعل .

---

(١) في م : النذر .

(٢) النذر : سقطت من ق .

(٣) اللجاج : من لج وهو يدل على تردد الشيئ بعضه على بعض وترديد الشيئ (معجم مقاييس اللغة : ٥/ ٢٠١) .

(٤) انظر التفريع : ١/ ٣٧٥ - ٣٧٦ ، الرسالة ص ١٩٣ .

(٥) أخرجه مسلم في النذر باب في كفارة النذور : ٣/ ١٢٦٥ .

(٦) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور باب من نذر لا يطيقه : ٣/ ٦١٤ . وابن ماجة في الكفارات باب من نذر نذرا ولم يسمه : ١/ ٦٨٧ ، قال الهيثمى : رجاله رجال الصحيح إلا أن طلحة والحكم لم يسمعا من ابن مسعود (جميع الزوائد : ٤/ ١٨٩) .

(٧) أخرجه البخاري في الأيمان باب النذر في الطاعة : ٧/ ٢٣٣ .

فصل [٣ - عدم الوفاء بنذر المعصية] :

وإنما قلنا إن ما عداه لا يوفى به لقوله ﷺ « ومن نذر أن يعصيه [١] فلا يعصه» [٢] ، وحديث أبي إسرائيل [٣] لما رآه رسول الله ﷺ حافياً قائما في الشمس فقال : « مروه فليستظل وليتعل » [٤] ، ولأن الإيجاب فرع على الجواز فإن كان فعل العصيان غير جائز فهو على الوجوب أبعد ، فأما المباح فلا يلزم لأن المقصود من النذر القربة والمباح لا قربة فيه .

فصل [٤ - إثبات حكم مخرج النذر بالنطق والنية] :

وإنما قلنا إنه يثبت حكم مخرجه بالنية والنطق لأنهما طريقان لمعرفة المراد وثبوت أحكام الخطاب ، وقد قال ﷺ : « وإنما لأمرئ ما نوى » [٥] .

فصل [٥ - النذر المطلق] :

وإنما قلنا إن النذر المطلق يلزم [٦] حكمه خلافاً لبعض الشافعية [٧] ، لعموم الأخبار ، واعتباراً بالمقيد بعلة [٨] أنه ألزم نفسه على وجه النذر ما يجب الوفاء بجنسه .

فصل [٦ - التسوية بين نذر اللجاج والتبرر] :

وإنما سوينا بين نذر اللجاج والتبرر خلافاً للشافعي في قوله أن نذر اللجاج تجب به كفارة يمين [٩] ، لأن اختلاف الحال التى عقد عليها النذر لا يوجب

---

(١) في ق : أن يعصى الله .

(٢) هو جزء من الحديث الذى سبق .

(٣) أبو إسرائيل : رجل من قريش (هكذا جاء في فتح البارى : ١١/ ٥٩٠) .

(٤) أخرجه البخاري في النذور باب النذر فيما لا يملك : ٧/ ٢٣٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ١١٩ .

(٦) في م : يثبت .

(٧) انظر المجموع : ٨/ ٣٦٧ .

(٨) في م : بعلمه .

(٩) انظر الأقناع ص ١٩٢ - ١٩٣ .

سقوط المنذور وإلزام غيره أصله حال التبرر ، ولأنها قربة ألزمها نفسه على وجه النذر فإذا وجد شرطها لم يجز إسقاطهما كالحج .

فصل [٧ - التسوية بين شروط النذر] :

وإنما سوينا بين شروط النذر لأن الإيجاب علق بوجوده وما كان كذلك فلا يراعى فيه صفة زائدة عليه كالطلاق والعتاق .

فصل [٨ - فيمن قال : مالى في سبيل الله] :

ومن قال : مالى في سبيل الله أو هدي لزمه إخراج الثلث [١] خلافاً لمن قال: لا يلزمه شيئ أصلا [٢] ، لقوله ﷺ لأبي لبابة [٣] ونذر أن يختلع من جميع ماله : « يجزيك من ذلك الثلث » [٤] واعتباراً به إذا عين شيئاً من ماله ، ولا يلزمه الكل خلافاً للشافعي ، للخبر ، ولأن المريض لما منع من إخراج كل ماله إنقاء على ورثته كان الحي أولى لحق نفسه .

فصل [٩ - ولا تجزيه كفارة يمين] :

ولا تجزيه كفارة يمين [٥] خلافاً لمن ذهب إلى ذلك [٦] لقوله ﷺ : « يجزيك من ذلك الثلث » [٧] فدل على أنه لا يجزيه دونه ، ولأنه نذر إخراج مال كما لو عين .

---

(١) انظر المدونة : ٢/٢٤ ، التفريع : ١/ ٣٨٠ ، الرسالة ص ١٩٤ .

(٢) في إحدى الروايتين عن أحمد (انظر المغنى : ٩/٨) .

(٣) أبو لبابة : الأنصارى ، المدنى ، اسمه بشير وقيل رفاعة بن عبد المنذر صحابى مشهور ، وكان أحد النقباء وعاش إلى خلافة على ـ(تقريب التهذيب ص ٦٦٩) .

(٤) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور باب فيمن نذر أن يتصدق بماله : ٣/٦١٣ ، وأحمد : ٣/٤٥٢ ، ومالك : ٢/٤٨١ .

(٥) انظر التفريع :١/ ٣٨٠ - ٣٨١ ، الكافى ص ٢٠٣ .

(٦) قالته عائشة وجماعة من الصحابة والتابعين وروي عن الإمام أحمد (انظر المغنى:٩/٧) .

(٧) سبق تخريج الحديث قريبا .

مسألة [١٠ - فيمن نذر المشي إلى بيت الله] :

إذا نذر المشي إلى بيت الله لزمه النذر فإن عيَّن (١) حجا أو عمرة لزمه ما عينه وإن أطلق لزمه ما يختار منهما ، ومنتهى المشي في الحج طواف الأفاضة وفي العمرة الفراغ من السعي فإن كان ضرورة وأراد الجمع في سفره بين فرضه ونذره مشي في عمرة ثم حج ويكون متمتعاً إن كانت عمرته في أشهر الحج ، ولا يجوز له ترك المشي مع القدرة عليه والمشي من حيث حلف فإن عجز ركب ثم عاد قابلا فلفق مشيه وأهدى إن قدر وإلا فليهد ولا يعد ، وكذلك العاجز عن المشي من أول مرة، وهذا (٢) إذا كان ما ركب كثيرا فإن كان يسيرا أهدى ولا عود عليه وينتعل ناذر الحفاء ولا دم عليه (٣) .

فصل [١١ - دليل لزوم نذر المشي] :

وإنما قلنا إن نذر المشي يلزم لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ (٤) وفي حديث عقبة بن عامر (٥) أن أخته نذرت أن تمشي إلى الكعبة فقال ﷺ : « لتمشي أو لتركب وتهدى » (٦) ، ولأنه قول ابن عمر (٧) ولا مخالف له ، وإنما قلنا إنه

---

(١) في ق : نذر .

(٢) في ق : كذلك .

(٣) انظر المدونة : ٢/ ٩ - ١٩ ، التفريع : ١/ ٣٧٧ - ٣٨٠ ، الرسالة ص١٩٤-١٩٥.

(٤) سورة المائدة : الآية ، ١ .

(٥) عقبة بن عامر : الجهنى صاحب النبى ﷺ ، كان عالما فصيحاً فقيها فرضياً شاعرا كبير الشأن ، مات سنة ثمان وخمسين (انظر شذرات الذهب : ١/ ٦٤ ، سير أعلام النبلاء: ٢/ ٤٦٧) .

(٦) أخرجه البخاري في جزاء الصيد باب من نذر المشي إلى الكعبة : ٢/ ٢٢٠ ، ومسلم في النذر باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة : ٣/ ١٢٦٤ بلفظ « لتمشي ولتركب » فقط ، وبلفظ (وتهدى) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور باب من رأي كفارة عليه إذا كان في معصية : ٣/ ٥٩٨ ، وإسناده صحيح على شرط البخاري (انظر تلخيص الحبير : ٤/ ١٧٨) .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٤٧٣ ، والبيهقي : ١٠/ ٧٨ .

يمشي في حج أو عمرة لأن الألفاظ إذا أطلقت ولها معهود في الشرع حملت عليه، كما لونذر صلاة أو صوماً والمعهود من المشي إلى بيت الله إنه لأحد هذين النسكين فوجب انصراف [1] النذر إليه .

وإنما قلنا إنه إن عين أحدهما لزمه ما عينه لأن تعيينه قد أوجبه على نفسه كتعيين الصلاة والصوم ، وإذا لم يعين كان مخيرا لأن التعيين لا يثبت إلا من جهته .

وإنما قلنا يمشي في الحج إلى آخر طواف الأفاضة لأن نذره تناول المشي في جميع الحج فما دام في الأحرام فعليه المشي ولا يخرج منه إلا بطواف الإفاضة ، وفي العمرة بالفراغ من السعى .

وإنما قلنا في الصرورة إن له أن [2] يجعل مشيه في عمرة ليتم له غرضه من أداء الفرض والنذر [3] في سفر واحد .

وإنما قلنا إنه يلزمه المشي مع القدرة عليه للظاهر[4] والخبر الذى رويناه[5] .

وإنما قلنا إن المشي من حيث حلف لأنه الموضع الذى تناوله الوجوب بالنذر دون غيره .

وإنما قلنا إنه إن عجز ركب لأنه في الخبر (لتمشي أو لتركب ولتهدى) [6] ولأن النذر تناول المعنى إلى مكة على صفة وهي المشي فإذا عجز عن صفة الذهاب لم يسقط عنه أصله [7] ، وإنما قلنا أنه يرجع من قابل إن أمكنه لأن المشي باق في ذمته لا يسقط عنه إلا بأدائه ، وركوبه هو لتمام المناسك لا ليكون بدلا عن المشي .

---

(١) في م : صرف .
(٢) في ق : أنه .
(٣) في م : فرضه ونذره .
(٤) الظاهر من قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ .
(٥) الذى ذكر قريباً .
(٦) سبق تخريج الحديث .
(٧) في م : إلا بأدائه .

وإنما قلنا إنه إذا عجز فلا يعود لأنه لا فائدة في عوده لأن العود إنما يراد ليكمل المشي ، وإنما قلنا إن عليه الهدي خلافاً للشافعي [(١)] ، لقوله ﷺ : « لتمشي أو لتركب ولتهدي » [(٢)] معناه إن عجزت ، ولأنه إذا ألزم نفسه المشي فقد تعين عليه لزومه فصار كالتعيين بالشرع وما لزم بتركه الدم مع القدرة والعجز كالرمي إذا عجز منه .

وإنما قلنا إن الركوب اليسير ينوب عنه الدم لأنه لا حكم له مع المشي المقصود وهو الأكثر ، وإنما قلنا إن من نذر المشي حافيا انتعل لأن الحفاء لا قربة فيه ، ولقوله ﷺ في حديث أبي إسرائيل (مروه فلينتعل) [(٣)] .

فصل [١٢ - فيمن نذر المشي إلى مسجد رسول الله وإلى بيت المقدس] :

ومن نذر المشي إلى مسجد الرسول ﷺ أو إلى بيت المقدس للصلاة فيهما لزمه ذلك [(٤)] خلافاً للشافعي [(٥)] لقوله ﷺ : « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد .. فذكر مسجده وبيت المقدس » [(٦)] ، ولأنهما مسجدان تضاعف الصلاة فيهما بألف كالمسجد [(٧)] الحرام ، ولا يلزم نذر المشي إلى غيرها للخبر ، ولأن المعنى فيهما معدوم في غيرهما .

فصل [١٣ - فيمن نذر ذبح ابنه] :

ومن نذر ذبح أبنه في يمين أو على وجه القربة فعليه اهدي وإن نذره مجردا لا يقصد القربة فلا شيئ عليه [(٨)] ، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا نذره على وجه القربة فإنما

---

(١) انظر مختصر المزنى ص ٢٩٧ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريبا ٦٥٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٥٠ .

(٤) انظر المدونة : ١٧/٢ ، التفريع : ٣٧٩/١ ، الرسالة ص ١٩٤ .

(٥) انظر مختصر المزنى ص ٢٩٧ .

(٦) أخرجه البخاري في فعل الصلاة : ٥٦/٢ ومسلم في الحج : ١٠١٤/٢ .

(٧) في م : في المسجد .

(٨) انظر المدونة : ٢٧/٢ ، الرسالة ص ١٩٤ .

أراد نذر الفداء عنه ، لأن ذلك معهود في الشرع أن نحر الابن قد يكون على وجه القربة لأن إبراهيم عليه السلام تعبد بذلك ، وصارت الأضحية أصلا في شرعنا تشبيها به فكان الناذر له على وجه القربة ناذرا للفداء عنه ، وإن لم يرد القربة فلا شئ عليه لأنه نذر معصية مع التجريد .

فصل [١٤ - فيمن نذر أن يهدي شيئاً من ماله] :

ومن نذر أن يهدي شيئاً من ماله فإن كان مما يجوز أن يكون هدياً أهداه لأن أداء النذر مع الأمكان مستحق ، وإن كان مما [١] لا يهدي مثله باعه واشترى به هدياً لأنه نذر أهداه فالكلام ينصرف إلى الوجه الذى يمكن إهداؤه عليه فإذا امتنع في عينه لزم في ثمنه [٢] والله أعلم .

* * *

---

(١) مما : سقطت من ق .

(٢) انظر المدونة : ٢١/٢ ، التفريع : ١/ ٣٨٠ - ٣٨١



كتاب الأضاحي

الأضحية [1] سنة مؤكدة [2] ، والأصل فيه قوله ﷺ : « أمرت بالنحر وهو لكم سنة » [3] ، ولأنه ﷺ ضحي والأئمة بعده ولا خلاف في فضلتها [4] .

فصل [١ - حكم الأضحية] :

وليست بواجبة وجوب الفرائض ولا على ما يقول أصحاب أبي حنيفة أنها واجبة يجرح تاركها [5] زائدة [6] على وجوب السنن ، لقوله ﷺ [7] : « ثلاثة هي علي فرض ولكم تطوع : الوتر والأضحية والسواك » [8] ، ولأنه ذبح لا يجب على المسافر فلم يجب على الحاضر كالعقيقة .

فصل [٢ - على من هي مسنونة] :

وهي مسنونة لكل أحد إلا الحاج بمنى [9] لأن ما ينحر بمنى هو هدي لأنه من

---

(١) الأضحية : اسما ما تقرب بذكاته من جذع ضأن أو ثني سائر النعم سليمين من بين عيب مشروطاً بكونه في نهار عاشر ذي الحجة أو تاليبه بعد صلاة إمام عيده له وقدر زمن ذبحه لغيره ولو تحرياً لغير حاضر (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٢٢) .

(٢) انظر الموطأ : ٤٨٧/٢ ، التفريع : ٣٨٩/١ ، الرسالة ص ١٨٣ .

(٣) سبق تخريجه وهو حديث (ثلاثة هي علي فرض ولكم تطوع ..) ص ١١٩ .

(٤) انظر المغنى : ٦١٧/٨ ، فتح البارى : ٢/١٠ ، ٣ .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٠ - ٣٠١ ، مختصر القدورى مع شرح الميدانى : ٢٣٢/٣ .

(٦) في م : ولها مزية .

(٧) ﷺ : سقطت من م .

(٨) سبق تخريج الحديث ص ١١٩ .

(٩) انظر المدونة : ٥/٢ ، التفريع : ٣٨٩/١ .

حقه أن يوقف بعرفة ، ولأن الحاج بمنى لما لم يخاطبوا [1] أيضاً بصلاة العيد لأجل [2] حجهم فكذلك بالأضحية .

فصل [٣ - ما يجزئ في الأضحية] :

لا تجوز الأضحية إلا من بهيمة الأنعام دون غيرها ، لأنه ﷺ ضحي بالغنم[3] وبيَّن ما يجزى منها [4] فلم يذكر إلا الأبل والبقر والغنم ، ولأنه ذبح متقرب به كالهدايا .

فصل [٤ - ما يجزئ من الأنعام وأفضلها في الأضحية] :

وأفضلها الغنم ثم البقر ثم الأبل ، والضأن أفضل من المعز ، وفحول كل جنس أفضل من إناثه [5] خلافاً لأبى حنيفة والشافعي في قولهما : أن الأفضل الإبل ثم البقر ثم الغنم [6] ، لأنه ﷺ ضحي بكبشين [7] ، وقوله : « خير الأضحية الكبش » [8] ، ولأن المراعي طيب اللحم ورطوبته دون كثرته بدليل ما رويناه من تضحيته بالغنم وعدوله إليها عن الأبل والبقر ولأنه يختص بها أهل البيت دون الفقراء بخلاف الهدايا .

---

(١) في م : لم يخاطب .

(٢) في م : لسبب .

(٣) كما جاء في حديث الصحيحين أنه ﷺ ضحى بكبشين .. أخرجه البخاري في الأضاحي في باب التكبير عند الذبح : ٢٣٨/٦ ، ويسلم في الأضاحي باب استحباب الضحية : ١٥٥٦/٣ .

(٤) في م : فيها .

(٥) انظر المدونة : ٢/٢ ، التفريع : ١/ ٣٩٠ ، الرسالة ص ١٨٣ .

(٦) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠١ ، مختصر المزنى ص ٢٨٤ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) أخرجه الترمذي في الأضاحي باب في الجذع من الضأن : ٧٤/٤ ، وابن ماجه في الأضاحي باب ما يستحب من الأضاحي : ١٠٤٦/٢ والحاكم : ٢٢٨/٤ وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

فصل [٥ - السن الجائزة في الأضحية] :

والسن الجائز فيها الجذع من الضأن والثني مما سواه [١] ، أما الجذع من الضأن فلا خلاف في جوازه يعتمد عليه [٢] ، والأصل فيه قوله ﷺ : « لاتذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن [٣] وقوله : « ضحوا بجذاع الغنم » [٤] فأما الجذع من غيره فلا يجوز لقوله لأبي بردة [٥] وقال : ما عندى إلا جذع من المعز « يجزيك ولا يجزي أحدا بعدك »[٦] ، وقوله : « لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن » [٧] فقصر الجذاع على جنس مخصوص وهو الضأن فكان ما عداه مبقى على الأصل ، والجذع من الضأن ما له ستة أشهر فما زاد ، والثني من المعز ما له سنة وقد دخل في الثانية، والثني [٨] من البقر ما له سنتان وقد دخل في الثالثة ، ومن الإبل ما له ست سنين لأنه يلقى ثنيته .

---

(١) انظر التفريع : ١/ ٣٩٠ ، الرسالة ص ١٨٣ - ١٨٤ .

(٢) وقال ابن عمر والزهرى لا يجزء الجذع لأنه لا يجزئ من غير الضأن فلا يجزئ منه كالحمل ، وعن عطاء والأوزاعى فلا يجزء الجذع الضأن الأجناس (انظر المغنى :٨/ ٦٢٣).

(٣) أخرجه مسلم في الأضاحي باب من الأضحية : ٣/ ١٥٥٥ .

(٤) أخرجه أحمد : ٢/ ١٥٢ وابن جرير الطبرى والبيهقي : ٩/ ٢٧١ وابن ماجة في الأضاحي باب ما تجزئ من الأضاحي : ٢/ ١٠٤٨ - ١٠٤٩ وبلفظ قريب منه الترمذي في الأضاحي باب ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي : ٤/ ٧٤ ، وقال : غريب وقد روي موقوفاً (تلخيص الحبير : ٤/ ١٣٩) .

(٥) أبو بردة : هانئ بن عمرو بن عبيد بن كلاب بن دهمان البلوى القضاعى الأنصارى من حلفاء الأوس وهو خال البراء بن عازب شهد العقبة وبدرا والمشاهد النبوية توفى سنة اثنين وأربعين (انظر سير أعلام النبلاء ٢/ ٣٥) .

(٦) أخرجه البخاري في الأضاحى باب قول النبى ﷺ وسلم لأبي بردة (... الحديث: ٦/ ٧٣٦ ، ومسلم في الأضاحي باب وقتها : ٣/ ١٥٥٢) .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) الثنى : سقطت من ق و من ر .

فصل [٦ - أيام الأضحي] :

أيام الأضحي يوم النحر ويومان بعده ولا يضحي في اليوم الرابع (١) ، خلافاً للشافعي (٢) ، لأنه إجماع الصحابة روي عن عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وأنس (٣) ، ولا مخالف لهم ، وقوله تعالى : ﴿ ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام ﴾ (٤) وأقل الأيام ثلاثة(٥)، ولأنه ليس بمعلوم كالخامس ، ولأنه لا يتعقبه مبيت بمنى فأشبه ما بعده.

فصل [٧ - في أفضلية التضحية يوم النحر] :

الأفضل أن يضحي يوم النحر (٦) لأنه ﷺ (٧) والأئمة بعده كانوا يضحون فيه ، وعن على رضوان الله عليه : النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها (٨) ، ولأنه اليوم المقصود بذلك ، وإليه ينسب النحر وما بعده في حكم التابع (٩) ، وقيل في تأويل قوله تعالى : ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ (١٠) صلى العيد وانحر الأضحية(١١) .

---

(١) انظر التفريع : ٣٨٩/١ ، الرسالة ص ١٨٤ .

(٢) انظر مختصر المزنى ص ١٨٥ .

(٣) في تخريج هذه الآثار انظر : البيهقي : ٢٩٧/٩ ، الموطأ : ٤٨٧/٢ وانظر المغنى : ٦٣٨/٨ .

(٤) سورة الحج : الآية ، ٢٨ .

(٥) انظر الجامع لأحكام القرآن : ٤٢/١٢ ، ٤٣ .

(٦) انظر المدونة : ٣٠٢/٢ ، التفريع : ٣٨٩/١ ، الرسالة ص ١٨٤ .

(٧) كما جاء في قوله ﷺ : « أول ما نبدأ به في يومنا هذا هو أن نصلى ثم ننحر» كما سيأتى . .

(٨) البيهقي : ٢٩٧/٩ .

(٩) في م : التبع .

(١٠) سورة الكوثر : الآية ، ٢ .

(١١) انظر تفسير الطبرى : ٣٢٦/٣٠ - ٣٢٧ .

فصل [٨ - الأيام المعلومات والأيام المعدودات] :

يتعلق بأيام النحر ورابعها وصفان : معلوم ومعدود فيوم النحر معلوم غير معدود وأربعة معدود غير معلوم وما بينهما معدود ، وفائدة وصفه في أنه معلوم جواز النحر فيه وبأنه معدود إيقاع الرمي فيه .

وإنما قلنا إن يوم النحر معلوم لجواز النحر فيه ، وإنما قلنا إنه ليس بمعدود لأن النفر لا يجوز في غده ومن حقه أن يكون في ثاني المعدودات .

وإنما قلنا إن ثانى النحر وثالثه يجمع الوصفين لجواز النحر والرمي فيهما [١] ، ولأن النفر جائز في اليوم الثالث ، وقلنا إن رابع النحر معدود لجواز الرمي فيه ، وقلنا إنه غير معلوم لامتناع النحر فيه .

فصل [٩ - عيوب الأضاحي] :

لا يجوز الأضحية بالعمياء [٢] ، ولا العوراء البيِّن عورها ولا الشديدة المرض ولا العجفاء [٣] التى ليس فيها نقي ، ولا الشديدة الضلع [٤] التى لا تلحق بالغنم ، ولا المقطوعة الأذن ، ولا السكاء ، ولا يجوز الخرقاء والشرقاء [٥] والعضباء ؛ والنقى المخ ، والخرقاء المقطوع بعض أذنها من أسفله ، والكساء هي المخلوقة بغير أذن ، والعضباء هي الناقصة الخلق [١] ، وهذه العيوب قد ورد

---

(١) في م : فيه .

(٢) في ق : بالعمي .

(٣) العجفاء : التى لا شحم فيها لشدة هزالها ، وقيل التى لا مخ في عظامها (الفواكه الدوانى : ١/٣٩١) .

(٤) الضلع : هي العرجاء بحيث لا تلحق الغنم (الفواكة الدوانى : ١/٣٩١) .

(٥) الشرقاء : إذا كانت الشاة مشقوقة الأذن باثنتين (المصباح المنير ص ٣١١) .

(٦) انظر المدونة : ٢/٣٠٢ ، التفريع : ١/٣٩١ - ٣٩٢ ، الرسالة ص ١٨٤ .

النهي فيها من حديث علي [1] رضي الله عنه ، البراء [2] ، ونكتة هذا الباب أن كل عيب نقص اللحم أو أثر فيه أو كان مرضاً أو نقص من الخلقة فإنه يمنع الأضحية ، وفي بعضها خلاف ، وينبغي في الجملة أن يتقي العيب وتتوخي السلامة لأنه ذبح مقصود به القربة فوجب أن يكون مسلّما مخلصا مما ينقصه ويكدره ، لقوله تعالى : ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ [3] ، وقوله تعالى : ﴿ ويجعلون لله ما يكرهون ﴾ [4] ، فأما العوراء فلا نعلم خلافاً في منع الأضحية بها [5] ، وفي حديث على والبراء أنه ﷺ نهى عن العوراء البين عورها ، ولأنه ذهاب عضو منها فيه منفعة واستمتاع ، وإذا لم تجز العوراء فالعمياء أولى أن لا تجوز ، فأما المريضة البيِّن مرضها فكذلك في الحديث ، ولأن المرض عيب يفسد اللحم ويضر بمن يأكله .

والعجفاء التي لا شحم فيها ولا مخ في عظمها لشدة هزالها فقد ورد النهى عنها ولا منفعة فيها لأن المراعى في الأضحية إما كثرة اللحم ووفوره أو طيبه ورطوبته وكل ذلك معدوم في هذا الموضع ، والعرجاء العرج الشديد [6] عيب

---

(١) أخرجه أبو داود في الضحايا باب ما يكره من الضحايا : ٣/ ٢٣٧ والنسائي في الضحايا باب المقابلة : ٧/ ١٩٠ ، وابن ماجة في الأضاحي باب ما يكره أن يضمن به : ٢/ ١٠٥٠ ، والترمذي في الأضاحي باب ما يكره من الأضاحي : ٤/ ٧٣ وقال : حديث حسن صحيح ، والحاكم : ٤/ ٢٢٤ وقال إسناده صحيح .

(٢) أخرجه مالك : ٢/ ن٤٨٢ ، وأبوا داود في الضحايا باب ما يكره من الضحايا : ٣/ ٢٣٥ ، والنسائي في الضحايا باب ما نهى عنه من الأضاحي العوراء : ٧/ ١٨٨ وابن ماجة في الأضاحي باب ما يكره أن يضحي به : ٢/ ١٠٥٠ والترمذي في الأضاحي باب ماجة في الأضاحي : ٤/ ٧٢ وقال : حديث حسن صحيح ، والحاكم : ٤/ ٢٢٣ وقال صحيح الأسناد .

(٣) سورة آل عمران : الآية ، ٩٢ .

(٤) سورة النحل : الآية ، ٦٢ .

(٥) انظر المجموع : ٨/ ٣٢٠ ، المغنى ٨/ ٦٢٤ ، فتح البارى : ١٠/ ٨ .

(٦) في ق : العرجاء الشديدة .

مؤثر مستقبح عند الناس لنقص اللحم والرعي ، وعند أبي حنيفة تجوز الأضحية بها ما دامت تمشي [١] ، وما ذكرناه دلالة على فساد قوله ، وفي الحديث : « العرجاء البين ظلعها » [٢] ، والجماء [٣] لا بأس بها لأن القرن لا منفعة فيه للأكل ، وإنما منعناه إذا أدمى لأنه مرض ، وروي « المقابلة والمدابرة » [٤] وهو قطع الأذن والإلية، وفي قدر ما ذكرناه تنبيه على تفريع هذا الباب .

فصل [١٠ - الاشتراك في ثمن الأضحية وفي لحمها] :

ولا يجوز الاشتراك في ثمن الأضحية ولا لحمها [٥] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أن البدنة تجزى عن سبعة وكذلك البقرة [٦] ، لأنه حيوان يضحي به فلم يجز إلا عن واحد كالشاة ، ولأن كل وحد يصير مخرجا للحم بعض بدنة أو بقرة ، وذلك لا يكون أضحية كما لو اشترى لحماً ، ولأن كل انسان مخاطب بفعل ما يسمى أضحية وهذا الأسم ينطلق على الدم دون اللحم ، ولأنه أشتراك في دم فوجب أن لا يجزى مريد القربة أصله إذا قصد بعضهم الأباحة على قول أبي حنيفة ، أو ما زاد على السبعة أصله إذا قصد على قوله [٧] وقول الشافعي .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) الجماء : وهي التي لا قرن لها (الفواكه الدواني : ١/ ٣٩٢) .

(٤) يشير به إلى حديث علي بن أبي طالب الذي قال فيه : أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء) الذي أخرجه الترمذي في الأضاحي : ٤/ ٧٣ وقال حديث حسن صحيح ، كما أخرجه أبو داود في الأضاحي باب ما يكره من الضحايا : ٣/ ٢٣٥ ، والنسائي في الضحايا باب المقابلة : ٧/ ١٩٠ ، وابن ماجة في الأضاحي باب ما يكره أن يضحي : ٢/ ١٠٥ .

(٥) انظر المدونة : ٢/ ٣ ، التفريع : ١/ ٣٩١ .

(٦) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠١ ، الاقناع ص ١٨٤ .

(٧) على قوله : سقطت من م .

فصل [١١ - التضحية بكبش عن الرجل وأهله] :

وإن ضحى الرجل بكبش أو غيره عنه وعن أهل بيته جاز [١] لأن النبي ﷺ فعل ذلك [٢] ، وليست هذا بشركة في ملك اللحم وإنما المراد بذلك الشركة في الثواب والبركة .

فصل [١٢ - الرجل يلي أضحيته بيده] :

الأختيار أن يلي الرجل ذبح أضحيته بيده [٣] لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل [٤] ، ولأنها من عبادة الأبدان فاستحب أن يليها بنفسه كسائر عبادات الأبدان فإن كان له عذر جاز أن يستنيب غيره لأن الضرورات تسقط معها أحكام الأختيار .

وإن استناب غيره من غير عذر كرهنا له ذلك وأجزناه لأن الأضحية طريقها المال وعبادات الأموال تصح فيها النيابة كتفريق الزكاة وغيرها ، ولأن النبي ﷺ قد استناب عليا رضي الله عنه في نحر الهدايا [٥] ولا فرق بينها [٦] وبين الأضاحي .

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣ ، التفريع : ١/ ٣٩٠ .

(٢) جاء في حديث ابن ماجة والحاكم أنه ﷺ كان يضحي بكبشين أحدهما عن أمته والآخر عن محمد وآل محمد ﷺ أخرجه ابن ماجه في الأضاحي باب أضاحي رسول الله ﷺ: ٢/ ١٠٤٣ - ١٠٤٤ بسند جيد ، والحاكم : ٤/ ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٣) انظر التفريع : ١/ ٣٩٢ ، الرسالة ص ١٨٤ .

(٤) أخرجه مسلم في الحج باب حجة النبي ﷺ : ٢/ ٨٩١ : أنه ﷺ رمى يوم النحر جمرة العقبة ضحي ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثا وستين بيده ثم أعطى عليا فنحر ما غبر وأشركه في هديه . . .

(٥) كما جاء في حديث مسلم السابق ، وأخرجه بهذا اللفظ أحمد : ٩/ ٢٦٠ ، وقال الزيلعي سنده ضعيف (نصب الراية : ٣/ ١٦١) .

(٦) في م : بينهما .

فصل [١٣ - إذا استناب حرا مسلماً في ذبح أضحيته] :

إذا استناب حرا [١] مسلماً أجزاه من غير خلاف [٢] فإن استناب ذميا فلا يجزيه [٣] عند مالك ويجزيه [٤] عند أشهب وقيل أنه رواية عن مالك فإذا قلنا لا يجزيه فلأنه مشرك كالمجوسي ، ولأن طريقها القربة المعلقة بالبدن فلا يجوز نيابة المشرك فيها كالحج وغيره ، وإذا قلنا يجزيه فلأنه من أهل الذبح كالمسلم واعتباراً بتوليته العتق وتفرقة [٥] الزكاة ولحم الأضحية .

فصل [١٤ - في تسمية الذابح على الأضحية] :

يسمى الذابح على الأضحية ويكبر [٦] لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل حين ذبح أضحيته [٧] فإن نسي التسمية فلا شيئ عليه وإن تعمد تركها لم تؤكل وذلك مذكور في الذبائح .

فصل [١٥ - في وقت نحر الأضحية] :

ووقت نحر الأضحية بعد الصلاة والخطبة [٨] ولا يجوز لأحد أن يذبح قبل الأمام إذا كان الإمام ممن يظهر نحر أضحيته وينبغى له إحضارها المصلى ليقف الناس على وقت ذبحه فلا يتقدموا [٩] عليه فإن لم يفعل توخي [١٠] الناس قدر

---

(١) حرا : سقطت من ق .

(٢) انظر المدونة : ٢/ ٥ ، التفريع : ١/ ٣٩٢ .

(٣) في م : لم يجزه .

(٤) في م : آجزاه .

(٥) في م : أجزاه .

(٦) انظر التفريع : ١/ ٣٩٢ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٧) أخرجه البخاري في الضحايا باب التكبير عند الذبح : ٦/ ٢٣٨ ومسلم في الأضاحي: ٣/ ١٥٥٢ .

(٨) انظر المدونة : ٢/ ٢ ، التفريع : ١/ ٣٩٠ .

(٩) في م : يتقدم .

(١٠) في م : تأخر .

انصرافه وذبحه ثم ذبحوا بعد ذلك ، ومن ذبح قبله متعمداً أعاد فإن نحروا ثم بان لهم أنهم سبقوه أجزاهم ، وكذلك من ذبح في قرية لا إمام فيها فتحرى ذبح من يليه من الأئمة فصادف ذبحه قبله (١) ، ولا يجوز ذبح (٢) الأضحية بليل .

فصل [١٦ - في أن الأضحية لا تكون إلا بعد الصلاة] :

وإنما قلنا إن الأضحية لا تكون إلابعد الصلاة لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل : صلى ثم خطب ثم نحر ولقوله : « أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم ننحر فمن نحر قبل الصلاة فإنما تعجل لحماً لأهله » (٣) ، ولأمره ﷺ أبا برده بن نيار أن يعيد الذبح وكان ذبح قبل الصلاة (٤) .

فصل [١٧ - اعادة الذبح لمن ذبح قبل الإمام] :

وإنما قلنا إن المأموم لا يذبح حتى يذبح الإمام وأنه يعيد إن فعل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٥) ، لحديث أبا بردة بن نيار أنه ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله ﷺ فأمره أن يعيد (٦)، ولأنه ذبح قبل الإمام فأشبه إذا ذبح قبل الصلاة .

فصل [١٨ - الإمام يحضر أضحية المصلى] :

وإنما قلنا إن على الإمام أن يحضر أضحيته المصلى لأنه قد ثبت أن على الناس الأقتداء به فوجب أن يظهر أضحيته ليصل الناس إلى العلم بوقت ذبحه فإن لم يفعل نحروا على ما ذكرناه لأنهم لا يقدرون على أكثر من ذلك .

---

(١) في م : قبل ذبح الإمام .

(٢) ذبح سقط من م .

(٣) أخرجه البخاري في الأضاحي باب الأضحية : ٦/ ٢٣٤ ، ومسلم في الأضاحي باب وقتها : ٣/ ١٥٥١ .

(٤) أخرجه البخارى في الأضاحي باب من ذبح قبل الصلاة : ٦/٢٣٨ ، ومسلم في الأضاحي باب وقتها : ٣/ ١٥٥٢ .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠١ ، المهذب : ١/ ٢٣٨ ، والمجموع : ٨/ ٣٠٣ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

وإنما قلنا إنه لا شيء عليهم إذا بان أنهم سبقوه فلأنهم يجتهدون فيما لا سبيل لهم إلى اليقين فيه كالاجتهاد في القبلة مع الغيمة ، ولأن [1] من لا إمام عندهم تحروا ذبح أقرب الأئمة إليهم لأنهم مخاطبون بالاقتداء بمن قرب دون من بعد .

فصل [١٩ - عدم جواز النحر بالليل] :

وإنما قلنا لا يجوز النحر بالليل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [2] ، لقوله تعالى: ﴿ ليذكروا اسم الله في أيام معلومات ﴾ [3] ، ولأنه ﷺ ذبح نهاراً [4] ، ولأنها قربة تتعلق بالعيد تضاف إليه لا يجوز تقديم ما قبله فلم يجز أن يفعل ليلا كالصلاة ، ويستحب [5] للرجل أن يأكل من لحم أضحيته لقوله تعالى : ﴿فكلوا منها وأطعموا ﴾ [6] ، وقال ﷺ : « فكلوا وأدخروا » [7] ، وليس بواجب [8] خلافا لقوم [9] ، اعتباراً بسائر الذبائح .

فصل [٢٠ - منع بيع شيء من الأضحية] :

ولا يباع شيء من الأضحية من لحم أو جلد أو صوف أو غيره ولا يعوض عليه

---

(١) لأن سقطت من ق .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠١ ، مختصر المزنى ص ٢٨٥ .

(٣) سورة الحج : الآية ، ٢٨ .

(٤) كما جاء في الأحاديث التى رويت في هديه ونحره وأضحيته .

(٥) في ق و م و ر يجب ؟

(٦) سورة الحج : الآية ، ٦٨ .

(٧) أخرجه مسلم في الأضاحي باب بيان ما كان من النهى عن أكل لحوم الأضاحى : ٣/ ١٥٦١ .

(٨) انظر التفريع : ١/ ٣٩٣ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٩) في المغنى : وقال بعض أهل العلم : يجب الأكل منها (٨/ ٦٣٣) .

ولا يعطى أجرة لجازر ولا دابغ [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] في إجازته بيع جلدها بما سوى الدراهم مما يعار وينتفع به ، لنهيه ﷺ عن بيع أهب الضحايا [3] ، وقال علي رضى الله عنه : أمرنى أن لا أعطى الجازر منها شيئا ، وقال نحن نعطيه من عندنا [4] ، ولأنه جزء من الأضحية كاللحم ، ولأنها قد وجبت للمساكين وليس هو بوكيل لهم ولا قيم عليه كالزكاة .

* * *

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣ - ٤ ، التفريع : ١/ ٣٩٣ ، الرسالة ص (٨/ ٦٣٣) .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٠٢ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى : ٣/ ٢٣٦.

(٣) أخرجه البيهقي : ٩/ ٢٩٤ عن عبد الله بن عياش .

(٤) أخرجه البخاري في الحج باب لا يعطى الجزار : ٢/ ١٨٦ . ومسلم في الحج باب في الصدقة بلحوم الهدايا : ٢/ ٩٥٤ .

باب العقيقة

العقيقة [١] مستحبة [٢] خلافاً لما يحكى عن أبي حنيفة أنها بدعة [٣] لقوله ﷺ: « مع الغلام عقيقة فأهرقوا عنه دما » [٤] ، وقوله : « كل غلام مرتهن بعقيقته يعق عنه يوم سابعه ويسمى » [٥] ، ولأنه ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً [٦] ، وليست بواجبة خلافاً لقوم [٧] ، لقوله ﷺ : « ليس في المال حق سوى الزكاة »[٨] ، وقوله وسئل عن العقيقة: « لا أحب العقوق ومن ولدله

---

(١) العقيقة : أصل العقيقة شعر المولود ثم اتسع في ذلك فسميت الشاة التى تذبح عليه عقيقة (غرر المقالة ص ١٨٣) .

(٢) انظر الموطأ : ٢/ ٥٠٢ ، التفريع : ١/ ٣٩٥ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٣) انظر المغنى : ٨/ ٦٤٤ .

(٤) أخرجه البخاري في العقيقة باب إماطة الأذى عن الصبى : ٦/ ٢١٦ .

(٥) أخرجه أبو داود في الأضاحي باب العقيقة : ٦/ ٢٦٠ ، والنسائي في العقيقة باب متى يعق : ٧/ ١٤٧ ، وابن ماجة في الذبائح باب العقيقة : ٢/ ١٠٥٦ و الترمذي في الأضاحي باب العقيقة : ٤/ ٨٥ وقال حسن صحيح والحاكم : ٤/ ٢٣٧ ، وأحمد : ٥/ ١٧ .

(٦) أخرجه مالك : ٢/ ٥٠١ ، وأبو داود في الأضاحي باب العقيقة : ٣/ ٢٦١ ، والنسائي في العقيقة : ٧/ ١٤٥ وصححه عبد الحق وابن دقيق العيد وسنده صحيح (تلخيص الحبير : ٤/ ١٤٧) .

(٧) قال بوجوبها : الحسن وداود (المغن : ٨/ ٦٤٤) .

(٨) أخرجه ابن ماجة في الزكاة باب ما أدى زكاته ليس بكنز : ١/ ٥٧٠، والطبرانى وفيه أبو حمزة ميمون روايه عن الشعبى عن فاطمة بنت قيس وهو ضعيف والترمذى بلفظ (إن في المال حقاً سوى الزكاة) في الزكاة باب ما جاء أن في المال حقاً سوى الزكاة وقال اسناده ليس بذاك : ٣/ ٤٩ .

فأحب أن ينسك عنه فليفعل »[1] فعلقه بمحبة فاعله ، ولأنه طعام يفعل عند الولادة كالوليمة .

فصل [١ - في العقيقة شاة عن الذكر والأنثى] :

ويعق شاة عن الذكر والأنثى[2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إنه يعق عن الغالم بشاتين وعن الأنثى بشاة[3] ، لأنه ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً[4] ، ولأنه ذبح متقرب به فلم يتفاضل الذكر والأنثى كالأضحية .

فصل [٢ - في الجمع بين أثنين في شاة واحدة] :

ولا يجمع بين أثنين في شاة واحدة لأن العرض به إراقة[5] الدم والشركة فيه كأنه أخرج[6] لحماً فلا يجوز كالأضحية[7] .

فصل [٣ - في وقت العقيقة] :

ووقتها يوم سابع الولادة[8] لقوله ﷺ : في العقيقة « يذبح عنه يوم سابعه»[9] ، وروي أنه ﷺ عق عن الحسن والحسين رضوان الله عليهما[10] يوم سابعها[11] ، فإن ولد الصبى قبل الفجر عد ذلك اليوم وإن ولد بعده ألغي

---

(١) أخرجه مالك : ٢/ ٥٠٠ ، وأبو داود في الأضاحي باب العقيقة : ٣/ ٢٦٢ ، والنسائي في العقيقة : ٧/ ١٤٥ ، وأحمد : ٢/ ١٨٢ ، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وسنده حسن .

(٢) انظر الموطأ : ٢/ ٥٠٢ ، التفريع : ١/ ٣٩٥ . الرسالة ص ١٨٧ .

(٣) انظر مختصر المزني ص ٢٨٥ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) في م : هراقة .

(٦) في م : إخراج .

(٧) انظر المدونة : ٢/ ٩ ، التفريع : ١/ ٣٩٥ .

(٨) انظر المدونة : ٢/ ٩ ، التفريع : ١/ ٣٩٥ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٩) سبق تخريج الحديث قريباً .

(١٠) رضوان الله عليهما : سقطت من م .

(١١) سبق تخريج الحديث قريباً .

وحسب ما غده ، لأنه لو حسب منه لم يكمل سبعة أيام على التمام ، فإن فات السابع فقيل إلى السابع الثانى ، وقيل قد فات بفوات السابع الأول وهذا أقيس لفوات الوقت المقدر له [1] بالنص كالأضحية ولذلك لا يعق عن كبير ، والأستحباب أن يسمى يوم السابع وقت العقيقة لقوله ﷺ : « يعق عنه يوم سابعه ويحلق ويمسى » [2] وتذبح ضحوة اعتباراً بالأضحية ولا يجوز بليل لأنه ذبح متقرب به كالضحايا والهدايا .

فصل [٤ - العمل في العقيقة] :

ويؤكل منها كما يؤكل من الأضحية [3] وهي آكد منها ويتصدق لأن المقصد به القربة والتصدق الأصل والأكل تبع ، وشأنها شأن الأضحية فيما يجوز منها ويمتنع من جنس وسن وسلامة من عيب ومنع من بيع لحمها وإهابها لأنه ذبح متقرب به يفعل عند حدوث سرور كالأضحية ، ويجوز كسر عظامها لا أنه مسنون أو مستحب ولكن تكذيبا للجاهلية في تحرجهم من ذلك وتفصيلهم العظام من المفاصل وامتناعهم من كسرها .

وحلق [4] رأس الصبى والتصدق بوزن شعره جائز حسن [5] لما روي عنه ﷺ فعل ذلك بالحسن والحسين رضى الله عنهما [6] ، ولا يمس الصبى بشيئ من دمها لأن ذلك ينجسه من غير فائدة ولا قربة بل يجب تجنبه إياه مخالفة لفعل الجاهلية،

---

(١) في ق :المقر .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) في جملة أحكام الأكل والعمل في العقيقة انظر : المدونة : ٩/٢ ، الموطأ : ٥٠٠/٢ - ٥٠٢ ، التفريع : ٣٩٥/١ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٤) في م : حلاق .

(٥) حسن : سقطت من ق .

(٦) أخرجه مالك : ٥٠١/٢ ، والترمذي في الأضاحي باب العقيقة بشاة : ٩٩/٤ ، وقال حسن غريب والحاكم : ٢٣٧/٤ من حديث فاطمة .

وإن فعل بدل الدم خلوق [1] جاز لما روي عن بريدة [2] أنه قال كنا نفعل ذلك في الجاهلية فلما جاء الإسلام صرنا نحلق رأسه ونلطخه بزعفران بدلا من الدم[3]، وروي عن عائشة رضي الله عنها مثله [4] .

فصل [٥ - في الختان] :

الختان [5] سنة مؤكدة في الذكور والأناث [6] لقوله ﷺ : « عشر من الفطرة فذكر الختان » [7] ، وروي : « الختان سنة للرجال مكرمة للنساء » [8] ، وقوله: « أشميه ولا تنهكيه فإنه أنضر للوجه وأحظى عند الزوج » [9] .

---

(١) خلوق : ما يتخلق به من الطيب ، قال بعض الفقهاء وهو مائع فيه (المصباح المنير ص ١٨٠) .

(٢) في م : أبي هريرة وهو خطأ ، وبريدة : بن الحصيب أبو سهل الأسلمى صحابى أسلم قبل بدر ، مات سنة ثلاث وستين (انظر تقريب التهذيب ص ١٢١ ، شذرات الذهب: ١/ ٧٠) .

(٣) أخرجه أبو داود في الأضاحي باب في العقيقة : ٣/ ٢٦٣ ، والحاكم : ٤/ ٢٨ وصححه والبيهقي : ٩/ ٣٠٣ .

(٤) أخرجه البيهقي : ٩/ ٣٠٣ .

(٥) الختان: قطع الجلدة الساترة للحشفة بحيث ينكشف جميعها (الفواكه الدوانى : ١/ ٤٠٨) .

(٦) انظر : الرسالة ص ١٨٨ .

(٧) أخرجه البخاري في اللباس باب قص الشارب : ٧/ ٥٦ ، ومسلم في الصهارة باب خصال الفطره : ١/ ٢٢١ بلفظ الفطرة خمس : الختان ....)

(٨) أخرجه أحمد : ٥/ ٧٥ من حديث حجاج بن أرطأة وهو مدلس وأخرجه الطبرابى والبيهقي من حديث ابن عباس مرفوعاً وضعفه .

(٩) أخرجه أبو داود في الأدب باب ما جاء في الختان : ٥/ ٤٢١ ، والحاكم والطبرانى وأبو نعيم وأعمل الحديث محمد بن حسان وروي الحديث بطرق لا تسلم من الضعف (انظر تلخيص الحبير : ٤/ ٨٣) .

فصل [٦ - حكم الختان] :

وليس بواجب وجوب فرض خلافاً للشافعي [١] لأنه قطع شيء من البدن ابتداء كقطع السرة ، ولأنه قطع مقصود به النظافة كقطع الظفر .

*   *   *

[تم الجزء الأول ويليه الجزء الثاني
وأوله كتاب الصيد]

---

(١) انظر حاشية قليوبي وعميرة : ٤/ ٢١١ .



على مذهب عالم المدينة

« الإمام مالك بن أنس »

تأليف

القاضي عبد الوهاب البغدادي

٤٢٢ هـ

تحقيق ودراسة

حميش عبد الحق

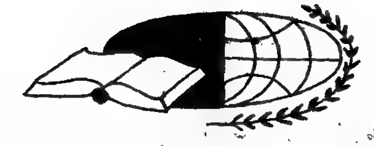
والكتاب في الأصل رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة المكرمة

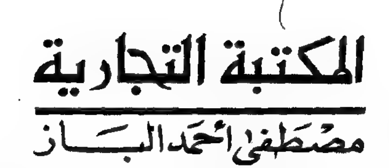
الجزء الثاني

الناشر

المكتبة التجارية

مكة المكرمة



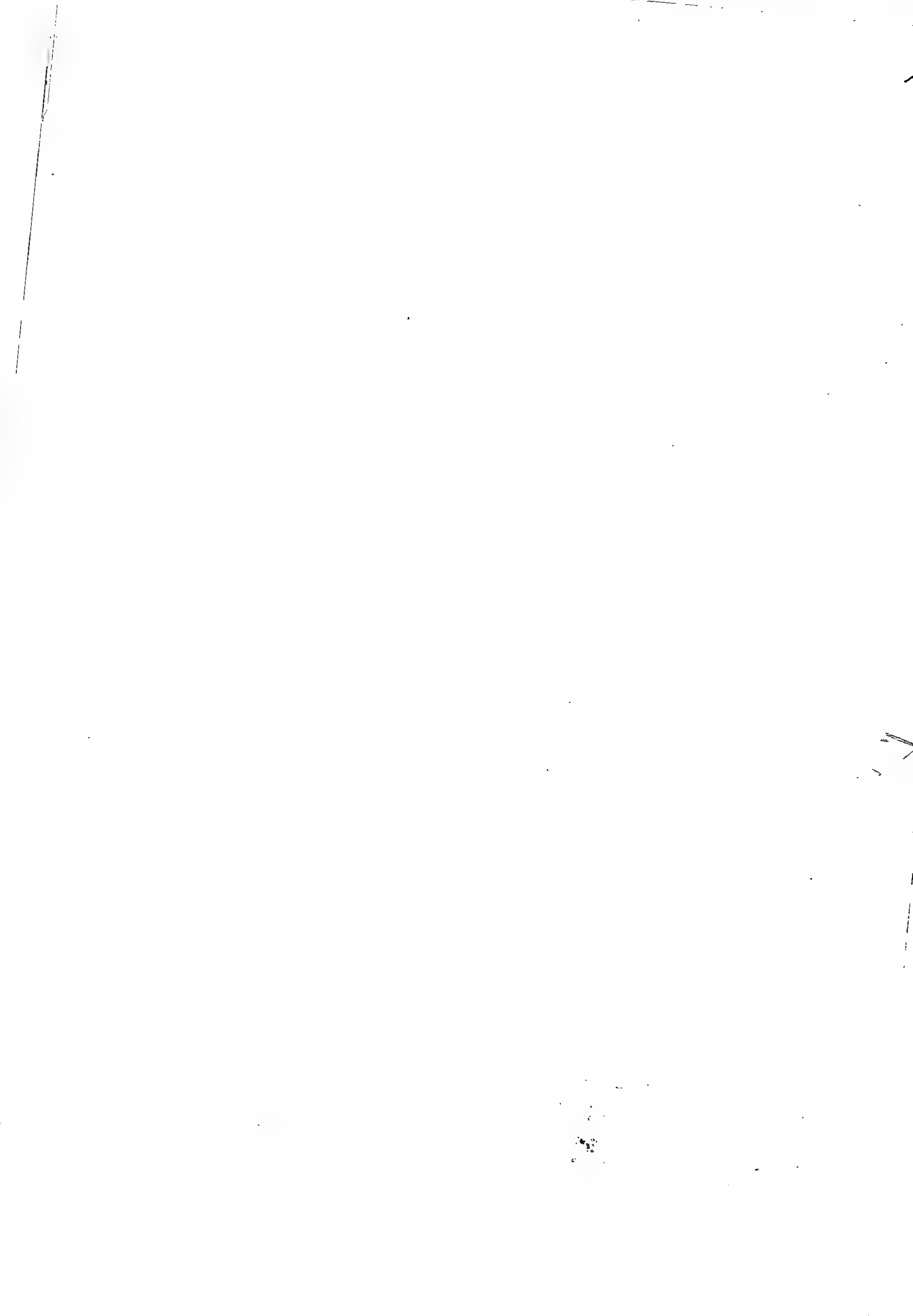


مكّة المكرمة : المركز الرئيسي : ٥٧٤٩٠٢٢ ـ فاكس : ٥٧٤٥٠٤٤
فرع النزهة: ٥٤٥٩٨٠٠ ـ فرع الجامعة: ٥٥٨١٥٨٤ ـ المستودع: ٥٣٧٢٣٧٤

المعونة

على مذهب عالم المدينة

«الإمام مالك بن أنس»



كتاب الصيد [1]

الأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ [3] ، وقوله: ﴿ وما علمتم من الجوارح . . إلى قوله : فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾[4] وقوله صلى الله عليه وسلم : « كل ما ردت عليك قوسك » [5] ، وقوله : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل » [6] ، ولأنه إجماع [7] .

فصــل [١ - الآلة التي يصاد بها] :

والآلة التي يصاد بها ضربان : سلاح وجوارح ، فأما السلاح فالاصطياد بجميع أنواعه [8] مباح من السيوف والسهام والرماح وغيرها ، والأصل فيها[9] قوله تعالى : ﴿ ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ﴾ [10]

---

(١) الصيد : أخذ غير مقدور عليه من وحش طير أو بر أو حيوان بحر بقصد (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١١٤) .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٩٤ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

(٥) أخرجه أبو داود في الصيد ، باب : في الصيد : ٣/ ٢٧٢ ، وأحمد : ٤/ ١٩٥ ، وفيه ابن لهيعة ، وقال في التنقيح : إسناده حسن (تلخيص الحبير : ٤/ ١٣٦) .

(٦) أخرجه البخاري في الذبح والصيد ، باب : إذا وجد الصيد كلباً آخر : ٦/ ٢٢٠ ، ومسلم في الصيد ، باب : الكلاب المعلمة : ٣/ ١٥٢٩ .

(٧) انظر : شرح مسلم - للنووي : ٨/ ١٣٢ ، المغني : ٨/ ٥٣٩ .

(٨) في (م) : أنواعها .

(٩) في (ق) : فيه .

(١٠) سورة المائدة ، الآية : ٩٤ .

الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « كل ما ردت عليك قوسك » [١] ، وقوله في المعراض : « إذا خرق فكل » [٢] ، ولأن المذكى ضربان : مقدور عليه ، وممتنع ، فلما كان المقدور عليه يذكى بالسلاح فكذلك الممتنع ، ولا خلاف في ذلك [٣] .

فصـل [٢ - ما مات بقتل السهم] :

وما مات بقتل السهم له جاز أكله [٤] لقوله: « كل ما ردت عليك قوسك»[٥] وقوله لأبي ثعلبة [٦] : « ذكياً وغير ذكي » [٧] ، ولأن إرسال السهم كمباشر الذابح الذبح [٨] .

فصـل [٣ - ما قتل بالمعراض] :

ما قتل بالمعراض [٩] أكل إن كان بحده ، ولا يؤكل إن كان بعرضه [١٠] ،

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد ، باب : صيد المعراض : ٦/٢١٨ ، ومسلم في الصيد ، باب : الصيد بالكلاب المعلمة : ٣/١٥٢٩ .

(٣) انظر : المغني : ٨/٥٥١ ، بداية المجتهد : ٦/ ٢٥٤ - ٢٥٥ .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٤٢٣ ، التفريع : ١/٣٩٨ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) أبو ثعلبة : الخشني ، صاحب النبي ﷺ ، فقيل : جرهم بن ناشم ، وقيل : جرثوم ، توفى سنة خمس وسبعين (انظر سير أعلام النبلاء : ٢/ ٥٧١ ، شذرات الذهب: ١/ ٨٢) .

(٧) وهو جزء من حديث : « كل ما ردت عليك قوسك » الذي سبق تخريجه في الصفحة (٦٧٩) .

(٨) في (م) : للذبح .

(٩) المعراض : هو سهم لا ريش له (المصباح المنير ص ٤٠٣) .

(١٠) انظر : المدونة : ١/ ٤٢٣ ، التفريع : ١/٣٩٧ - ٣٩٨ ، الرسالة ص ١٨٧ .

لقوله في حديث عدي [1] : « إذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله تعالى فخرق فكل وإن أصاب بعرضه فلا تأكل » [2] ، والمعراض : خشبة غليظة في رأسها كالزج يلقيها الفارس على الصيد ، فربما أصابته الحديدة فجرحته وأسالت دمه ، فهذا يجوز أكله لأنه حينئذ كالسيف والرمح ، وربما أصابته الخشبة فترضه أو تشدخه فيكون حينئذ [3] ، وقيداً كالمرمى بالبندقة والحجر ، فلا يجوز أكله إلا أن يدرك ولم تنفذ مقاتله ، فيذكى فإنه يؤكل ، وإن بلغ إلى حيث لا ترجى له حياة لم تعمل الذكاة فيه .

فصــل [٤ - ما قتلته الحبالة] :

لا يؤكل ما قتلته الحبالة [4] وهي الشَرَك لأنه مقتول بغير ذكاة سهم لأن[5] الحبالة : أحبل تكون فيه مناجل توضع للصيد عند الماء ، فإذا وردت علقت به فاضطرب ، فربما أصابته المناجل التي فيها فلا يؤكل لأنه حينئذ مقدورة عليه [6] فذكاته بالذبح دون العقر .

فصــل [٥ - في منع أكل ما قتله السهم المسموم] :

لا يؤكل ما قتله السهم المسموم [7] وعلله مالك رحمه الله بعلتين : إحداهما أنه لا يعلم هل قتله السهم أم السم ، والأخرى أن الخوف على من يأكله .

---

(١) عدي بن حاتم : بن عبد الله بن سعد بن الحشرج الطائي ، أبو طريف ، صحابي مشهور ، مات سنة ثمان وستين (انظر : تقريب التهذيب ص ٣٨٨ ، شذرات الذهب : ٧٤/١) .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) حينئذ : سقطت من (ق) ومن (ر) .

(٤) انظر : المدونة : ٤٢٢/١ ، التفريع : ٣٩٧/١ .

(٥) لأن : سقطت من (ق) .

(٦) في (م) : فلا يؤكل حينئذ إلا أن يقدر عليه .

(٧) انظر : التفريع : ٣٩٨/١ ، الرسالة ص ١٨٧ .

- فصل [٦ - ما صيد بالجوارح] :

وأما الجوارح فكل جارح فَقَه التعليم من أي الجوارح كان من الكلاب والفهود والبزاة [١] والصقور والشواهين [٢] وغيرها إذا كان معلماً ، فصيده جائز [٣] خلافاً لمن ذهب إلى أنه لا يؤكل إلا صيد الكلاب دون البزاة وغيرها [٤] ، ولمن ذهب إلى أنه لا يؤكل ما صاده الكلب الأسود [٥] ، لقوله تعالى : ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله ﴾ [٦] يريد مصرين [٧] إلى قوله تعالى : ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ [٨] فعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل » [٩] ، ولم يفرق بين البهيم وغيره ، وقوله في حديث عدي بن حاتم : « ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته ، وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك » [١٠] ، ولأنه جارح يفقه التعليم فجاز الاصطياد به كالكلب الذي ليس ببهيم .

---

(١) البزاة : مفردة البازي وهو معروف .

(٢) الشواهين : مفردة شاهين وهو جارح معروف .

(٣) انظر : المدونة : ١/٤١٤ - ٤١٦ ، التفريع : ١/٣٩٨ - ٣٩٩ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٤) حكى عن ابن عمر ومجاهد : أنه لا يجوز الصيد إلا الكلب (انظر المغني : ٨/٥٤٥) .

(٥) في (م) : البهيم ، ولقد ذهب إلى ذلك الإمام أحمد (انظر مختصر الخرقي ص ١٣٣) .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

(٧) انظر : الجامع لأحكام القرآن : ٦/٦٦ ، وفيه : معناه مصرين على الصيد كما تصرى الكلاب .

(٨) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٧٩) .

(١٠) أخرجه أبو داود في الصيد ، باب : في الصيد : ٣/٢٧١ ، والترمذي في الصيد، باب : ما جاء في صيد البراءة : ٤/٥٥ ، والبيهقي : ٩/٢٣٨ ، من رواية مجالد عن الشعبي ، وتفرد مجالد بذكر الباز فيه وخالف الحفاظ (تلخيص الحبير : ٤/١٣٦) .

فصل [٧ - في اشتراط كون الجوارح معلمة] :

وإنما اشترطنا أن تكون معلمة للظواهر والأخبار [١] ، وصفة التعليم أن يطيعه إذا نبهه ويسترسل إذا أرسله ويسارع إذا أمره وينزجر إذا زجره ، ويتكرر ذلك منه تكريراً يعلم معه في العادة أنه قد فقه التعليم ولا حد في ذلك سوى ما ذكرناه .

فصل [٨ - عدم اشتراط ترك الأكل] :

وليس من شرطه ترك الأكل [٢] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٣] ، لقوله : ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [٤] ، ولم يفرق ، وفي حديث أبي ثعلبة : « وإن أكل فكل » [٥] ، ولأنه قتل إذا [٦] لم يتعقبه أكل كان ذكاة ، فكذلك إن تعقبه كالذبح ، ولأنه أداة في تذكية الصيد ، فإذا أنفذ عقره مقاتله لم يضره ما طرأ بعد ذلك أصله السهم ، ولأنه جارح أبيح صيده كالبازي ، ولأنه لو بادر بأخذه من فم الكلب عقيب قتله لجاز أكله ، ولو كان ترك الأكل من [٧] شرط التعليم لم يجز ذلك دون أن يتوقف لينظر هل يأكل أم لا .

فصل [٩ - فيما إذا أثر الجارح في الصيد] :

لا خلاف أنه إذا أثر فيه بتخليب أو تنبيت جاز أكله لأن عقره ذكاة له ، وإن أمسكه أو ضمه ولم يؤثر فيه فلا يجوز أكله [٨] ، لأن ذلك ليس بقتل له ، فأما

---

(١) للظاهر من الآيات والأحاديث التي أوردها المصنف قريباً .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٤١٤ - ٤١٥ ، التفريع : ١/ ٣٩٩ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٣) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٢١٨ ، مختصر المزني ص ٢٨١ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

(٥) أخرجه الترمذي في الصيد ، باب : صيد البزاة : ٢/ ٥٨ ، وأبو داود في الصيد ، باب في الصيد : ٣/ ٢٧٣ .

(٦) إذا : سقطت من (ق) .

(٧) في (ق) : دون .

(٨) انظر : المدونة : ١/ ٤١٣ - ٤١٦ ، التفريع : ١/ ٣٩٩ ، الرسالة ص ١٨٧ .

إذا صدمه أو نطحه ، فمات منه من غير جرح فعند ابن القاسم لا يؤكل وهو قول أبي حنيفة [١] ، وعن أشهب يؤكل وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

فوجه قول ابن القاسم : إنه آلة للاصطياد ، فإذا قتل الصيد بصادم [٣] أو غيره ، مما ليس بجرح لم يؤكل كالسهم ، ولأنه حصل مقتولاً بغير جرح كما لو ضربه بالعصى ، ووجه قول أشهب قوله تعالى : ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم﴾[٤] يريد قتلن بإرسالكم ولم يفرق ، وكذلك الخبر ، ولأنه حصل مقتولاً بجارح مرسل عليه كما لو جرحه .

فصـل [١٠ - إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه] :

إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه وتجرحه ولم تنفذ مقاتله وقدر على تخليصه منها فلا يأكله إلا بأن يذكيه [٥] ، لأنه صار مقدوراً عليه قبل أن تكون ذكاته العقر، وإن لم يقدر أن يذكيه حتى مات بجرحها جاز أكله ، لأن فوات نفسه حصل قبل القدرة عليه ، وكذلك إن خلصه جريحاً ، فمات في الفور قبل أن يتمكن من تذكيته ، فإن أكله جائز خلافاً لأبي حنيفة [٦] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وإن قتل » [٧] ، ولأن الجارح عقره قبل القدرة على تذكيته [٨] ، فكان كما لو مات في يديه قبل القدرة

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢١٩/٣ .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ٢٨١ .

(٣) في (م) : بصدم .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

(٥) انظر : المدونة : ٤١٢/١ - ٤١٣ ، التفريع : ٣٩٩/١ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢١٨/٣ - ٢١٩ .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفة (٦٧٩) .

(٨) في (م) : عليه .

على تخليصه ، وإن خلصه من الجارح قبل فوات نفسه أو نفاذ [1] مقاتله ، فتركه حتى مات فلا يؤكل لتفريطه في تذكيته ، وكذلك لو تشاغل بإخراج سكين يذبحه بها .

فأما إذا أدركه في أفواه الجوارح ، وقد أنفذت مقاتله فأكله جائز ، لأن ذكاته قد تمت بقتلها له فليس بمحتاج [2] إلى تذكية أخرى ، وكذلك القول فيه [3] إذا وجد والسهم فيه أنه إن كان السهم قد أنفذ مقاتله ، فالذكاة قد تمت وإن كان لم ينفذ مقاتله لم يؤكل إلا بذكاة ، فإن تركه حتى مات لم يؤكل لأنه قدر على تذكيته كأخذه من فم الجارح قبل إنفاذ مقاتله سواء .

فصـل [١١ - في عقر الصيد غائباً] :

وليس من شرط تذكيته أن يعقره الجارح أو السهم ، بحيث يشاهده ، بل يؤكل إذا قتله غائباً عن رؤيته ما لم يحصل منه تفريط في طلبه إذا غاب ، فرأى فيه أثر كلبه أو سهمه ، وسواء توارى عنه بعد أن رأى الجارح علق به أو قبل ذلك [4] ، خلافاً للشافعي في أحد قوليه : إنه إذا قتله غائباً عنه بعد أن رآه قد علق [5] به فلا يؤكل ، وفي أحد قوليه [6] : إنه إذا كان قبل مشاهدته متشبثاً به فلا يؤكل [7] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل » [8] ، ولأن في اعتبار مشاهدته [9] عقره تكليف ومشقة تؤدي

---

(١) في (ق) ، و(ر) : إنفاذ .

(٢) في (م) : يحتاج .

(٣) فيه : سقطت من (ق) .

(٤) انظر : المدونة : ١/٤١٣ - ٤١٥ ، التفريع : ١/٣٩٩ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٥) في (م) : تعلق .

(٦) في (م) : وفي قوله .

(٧) انظر : مختصر المزني ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٧٩) .

(٩) في (ق) : المشاهدة .

إلى سد باب جواز أكل الصيد إذا صاده (١) الجارح لأن الغزال أو الطائر لا يملك عدوه وسرعة طيرانه واختباره في المكامن (٢) والغياض (٣) والكهوف والمواضع التي لا يصل إليها إلا الجارح بحيلولة الحوائل ، ولأنه إذا رآه وفيه سهمه أو بالقرب منه جارحه فالظاهر منه أنه ليس به إلا عقر ما أرسله عليه ، فجاز أكله ، ويفارق الميت لأن هوام الليل تنتشر فيه فلا يؤمن مشاركتها فيه .

فصل [١٢ - إذا بات الجارح عنه] :

إذا بات الجارح عنه والصيد ثم وجده من الغد مقتولاً (٤) لم يأكله ، واختلف في السهم ، فقيل : إنه كالجارح ، وقيل : بخلافه (٥) ، فأما منع ذلك في الجارح ، فلما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال : « فإن بات (٦) عنك فلا تأكله لا تدري ، لعل كلباً غير كلبك قتله » (٧) ، ولأن الليل مخالف للنهار لأن الهوام تظهر فيه وتنتشر فيجوز أن تكون أعانت على قتله ، وأما السهم فإذا (٨) قلنا : إنه لا يؤكل الصيد إن بات عنه ، فلما روي أن رجلاً أهدى إلى رسول الله ﷺ ظبياً ، فقال : إني رميته يا رسول الله ، ثم اتبعته من الغد فوجدت سهمي فيه أعرفه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « لا آكله لا أدري أهوام الأرض قتلته ولو أعلم أن سهمك قتله لأكلته » (٩) ، وفي حديث آخر : « لو

---

(١) في (م) : صيد صاده .

(٢) المكامن : مفرده مكمن ، وهو من باب توارى واستخفى (المصباح المنير ص ٥٤) .

(٣) الغياض : مفرده الغيضة ، وهي الشجر الملتف (المصباح المنير ص ٤٥٩) .

(٤) في (م) : قد قتله .

(٥) انظر : المدونة : ١/٤١٣ - ٤١٤ ، التفريع : ١/٣٩٩ .

(٦) في (م) : غاب .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق : ٤/ ٤٦٠ ، والطبراني ، وفيه ابن أبي المخارق وهو واه ، وأخرجه أبو داود في مراسيله (انظر نصب الراية : ٤/٣١٥) .

(٨) في (م) : فإنه إذا .

(٩) سبق تخريج الحديث قريباً .

أعلم أنه لم يعين على حتفه [1] دواب المغار [2] ، لأمرتك بأكله » ، وهذا نص وتعليل .

وإذا قلنا : يؤكل ، فلما روي سعيد بن جبير [3] عن عدي بن حاتم قال : يا رسول الله ، «إني أرمي الصيد فأطلبه فلا أجده إلا بعد ثلاثة [4] ، فقال : إذا وجدت أثر سهمك ولم يؤكل منه السبع فكله » [5] ، والفرق بين السهم والكلب أن السهم يوجد في موضع الإصابة ، فإذا لم ير هناك أثراً لغيره علم أن سهمه [6] قتله ، وليس كذلك الجارح [7] ، لأنه ليس لجرحه علامة يعرفه بها ، فلا يأمن أن يكون قتله بغير جرحه .

فصل [١٣ - إذا سقط الصيد في الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب] :

إذا سقط الصيد في الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب ، فإن كان لم ينفذ مقاتله فلا يأكله لأنه لا يتيقن أن موته بجرح السهم أو الكلب لإمكان أن يكون موته بالتردي أو بالماء ، وإن كان قد أنفذ مقاتله جاز أكله [8] لأن التردي والغرق كانا بعد تمام الذكاة ، وإذا تمت الذكاة لم يؤثر فيها ما طرأ بعدها، وكذلك الذبيحة مثل الصيد سواء .

---

(١) في (م) : قتله .

(٢) في (م) : الغار .

(٣) سعيد بن جبير : الأسدي مولاهم الكوفي ثقة ثبت ، فقيه من الثالثة ، قتل بين يدي الحجاج سنة خمس وتسعين ، ولم يكمل الخمسين (انظر : تقريب التهذيب ص ٢٣٤، شذرات الذهب : ١٠٨/١) .

(٤) في (م) : ثالث .

(٥) حديث عدي سبق تخريجه في الصفحة (٦٨٠) .

(٦) في (م) : السهم .

(٧) في (م) : الكلب .

(٨) انظر : المدونة : ٤٢٠/١ - ٤٢١ ، التفريع : ٣٩٨/١ .

وإذا أرسل كلبه على صيد بشركة كلب آخر نظر ، فإن كان لصائد مسلم قد أرسله على شرائطه الجائزة كان الصيد بينهما لأنه لا مزية لأحدهما عن الآخر ، فلا يكون أولى به منه إلا أن يعلم أن الأول أنفذ مقاتله قبل وصول الثاني إليه ، فيكون أولى به ، لأن الذكاة تمت به دون الثاني وهذا إذا كان الآخر أرسله على ذلك الصيد أو أرسله إرسالاً مطلقاً ، فأما إن أرسله على غيره ، فعدل إليه أو كان كلباً مسترسلاً بنفسه أو لمجوسي فينظر ، فإن أصابه بعد إنفاذ الأول مقاتله فهو ذكي بالأول ولا يضره الثاني كالتردي من جبل بعد الذكاة ، وإن كان ذلك قبل إنفاذ المقاتل أو لم يعلم لم يؤكل خلافاً للشافعي [1] في إجازته [2] أكل ما شورك فيه على كل وجه ، لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عدي : « وإن شاركه كلب آخر فلا تأكله » [3] ، ولأنه نوع من التذكية فمشاركته من لا تؤكل تذكيه لو انفرد يمنع الأكل أصله الذبح إذا اشترك فيه المسلم والمجوسي .

فصل [١٤ - ما استرسل عليه كلب بغير إرسال] :

لا يؤكل ما استرسل عليه الكلب بغير إرسال [4] لأن الإرسال شرط في جواز الأكل بدليل قوله تعالى : ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ [5] ، ولا يكون ممسكاً علينا إلا بأن نرسله ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل » [6] ، ولأن من شرط الذكاة النية فإرسال الصائد كنية[7] الذابح ، ولأن التعليم شرط فلو لم يكن الإرسال شرطاً لم يكن للتعليم فائدة ، ولأن الجارح آلة كالسهم .

---

(١) انظر : مختصر المزني ص ٢٨٢ .

(٢) في (م) : إذ يرى .

(٣) سبق تخريج حديث عدي قريباً .

(٤) انظر : المدونة : ١/٤١٥ ، التفريع : ١/٣٩٩ .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٤ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٧٩) .

(٧) في (ق) : كتذكية .

فصل [١٥ - التسمية عند الإرسال] :

ويسمى الله عز وجل [(١)] عند الإرسال [(٢)] لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك المعلم وسميت فكل » [(٣)] ، ولأن العقر أحد نوعي الذكاة كالذبح.

فصل [١٦ - إذا صاد صيداً ثم أفلت فصاده غيره] :

إذا صاد صيداً ثم فلت : فصاده غيره ، فإن كان عن قرب كاليومين والثلاثة فهو للمالك الأول ، وإن كان بعد طول زمان ولحوق بالوحش فهو لمن صاده[(٤)] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : إنه للأول على كل حال [(٥)] ، لأن الثاني صاده ممتنعاً مختلطاً بالوحش على صفة ما هي عليه من الإباحة ، فكان له أصله الأول ، ولأن ما أصله الإباحة إذا ملك ثم عاد إلى ما كان عليه كان للذي ملكه ثانياً ، أصله الماء في نهر إذا أخذ منه إنسان ثم أنصب من يده إلى النهر .

* * *

(١) عز وجل : سقطت من (ق) .

(٢) انظر : المدونة : ١/٤١٤ ، التفريع : ١/٢٩٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٧٩) .

(٤) انظر : المدونة : ١/٤١١ ، التفريع : ١/٤٠٠ .

(٥) انظر : مختصر القدوري ، مع شرح الميداني : ٣/٢٢٢ - ٢٢٣ ، المهذب : ١/٢٥٥ - ٢٥٦ .



كتاب الذبائح [1]

شرط الذكاة [2] بالذبح قطع الحلقوم [3] ، والودجين [4] ، فإن بقي شيء منها لم تتم الذكاة [5] ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « ما أفرى الأوداج وذكر اسم الله عليه فكل » [6] ، وقوله: « الذكاة في الحلق واللبة[7] »[8] ولأن الذبح ما لم يكمل في هذه المواقع جاز أن تعيش معه .

فصل [١ - من شرط الذبح أن يكون في قطع واحد] :

ومن شرطها أن يكون ذلك في قطع واحد ، فإن قطع البعض ، ثم رفع يده

---

(١) الذبائح : جمع ذبيحة وهي لقب لما يحرم بعض أفراده من الحيوان لعدم ذكاته أو سلبها عنه ، وما يباح بها مقدوراً عليه (حدود ابن عرفة ص ١١٧) .

(٢) الذكاة : نحر وذبح وفعل ما يعجل الموت بنية في الجميع (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٢١) .

(٣) الحلقوم : بعد الفم وهو موضع النفس ، وفيه شعب تتشعب منه مجرى الطعام والشراب (المصباح المنير ص ١٤٦) .

(٤) الودجين : مفرده ودج وهو - بفتح الدال والكسر - : عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقي معه حياة (المصباح المنير ص ٦٥٢) .

(٥) انظر : المدونة : /٤٢٧ ، التفريع : ١/ ٤٠١ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٦) أخرج الطبراني بسند ضعيف بلفظ : « ما فرأ الأوداج .. » (نصب الراية : ١٨٦/٤) ، وهو في الصحيحين بلفظ : « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا » البخاري في الذبائح والصيد ، باب : إذا أصاب القوم غنيمه (٦/ ٢٣٢) ، ومسلم في الأضاحي ، باب : جواز الذبح بكل ما أنهر الدم : ١٥٥٨/٣ .

(٧) اللبة : المنحر وهي موضع نحر البعير ، وقال ابن قتيبة : من قال إنها النقرة في الحلق فقد غلط (المصباح المنير ص ٥٤٧) .

(٨) أخرجه الدارقطني : ٣/ ٢٥١ ، والبيهقي : ٢٧٨/٩ ، وسنده ضعيف ، وأخرجه عبد الرزاق : ٤/ ٤٩٥ موقوفاً على ابن عباس وابن عمر (نصب الراية : ٤/ ١٨٥) .

ثم أعادها فتممه لم تؤكل لأنا لا نأمن أن يكون التلف كان عن الأول ، ولأنه إذا رفع يده صار لكل قطع حكم نفسه كما لو تراخى في القطعين [1] .

فصـل [٢ - في ترك الذبيحة حتى تبرد] :

وينبغي أن يتركها حتى تبرد [2] لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل لما نحر الهدايا تركها حتى بردت ثم قال : « من شاء اقتطع » [3] ، ولأن ذلك أخف عليها وأقل لإيلامها ، وإن تمادى حتى قطع الرأس أو زلت [4] السكين بحدتها فأبانه [5] ، لم يحرمها لأن شرائط الذكاة قد حصلت .

فصـل [٣ - في كون الذكاة لا تخرج عن الحلق واللبة] :

الذكاة لا تخرج عن الحلق واللبة ، فالنحر في الإبل والذبح في الغنم والبقر، فإن نحرت البقر من غير ضرورة جاز أكلها [6] ، وإنما قلنا ذلك لورود السنة به واتصال العمل من المسلمين في كل الأعصار به ، أما الإبل فإن رسول الله ﷺ نحرها [7] ، ولا يحفظ عن أحد فيها الذبح .

وأما الغنم فإنه صلى الله عليه وسلم ذبحها [8] ولم يرو عن أحد أنه نحرها .

وأما البقر ، فإن المستحب فيها الذبح لقوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة ﴾ [9] ، وإن نحرت جاز لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نحر عن

---

(١) انظر : المدونة : ٤٢٨/١ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٢) انظر : المدونة : ٤٢٨/١ .

(٣) أخرجه الحاكم : ٢١/٤ ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(٤) في (م) : زالت .

(٥) فأبانه : سقطت من (م) .

(٦) انظر : المدونة : ٤٢٧/١ - ٤٢٨ ، والتفريع : ٤٠٢/١ ، الرسالة ص١٨٥ .

(٧) سبق تخريج حديث جابر في الهدي الذي أخرجه مسلم .

(٨) كذلك سبق تخريج حديث : « أنه ضحى بكبشين ذبحهما بيده » .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ٦٧ .

نسائه البقر [1] ، وقيل : إن الفرق بين الإبل والغنم أن عنق البعير طويل ، فيبعد خروج الدم من الجوف إلى موضع الذبح منه فيكون في ذلك تعذيبه ، وزيادة ألم في خروج روحه ، والنحر أسهل وأخف لأنه في آخر العنق فيكون متوسط بين الرأس وباقي البدن .

وأما الشاة ، فإن عنقها قصير ولا لبة لها ، فلا يتمكن من نحرها إلا بما يقرب من جوفها ، فكان الوجه فيها الذبح ، فإذا ثبت هذا فإن ذُبِح بعير أو نُحرت شاة: فإن كان لضرورة جاز أكلها مثل أن تقع في بئر أو مضيق لا يوصل منه إلى موضع الذبح من الشاة أو النحر من البعير أو ما أشبه ذلك .

وإنما أجزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الذكاة في الحلق واللبة » [2] فأطلق ، ولأنه من الأنعام فجاز أن يستباح بالذبح أو النحر ، فإن كان من غير ضرورة فاختلف فيه على وجهين : أحدهما : أنه لا يؤكل تحريماً ، والآخر : أنه يكره ولا يحرم ، وزاد ابن بكير [3] وجهاً ثالثاً وهو أنه قال : يؤكل البعير إذا ذبح ولا تؤكل الشاة إذا نحرت [4] ، فوجه التحريم هو أن من ذبح بعيراً أو نحر شاة ، فقد أتى بالذكاة على خلاف الوجه المأمور به في الشرع فأشبه من ذبح من القفا أو أبقى شيئاً من الأوداج .

ووجه الكراهة [5] هو أن ذلك جائز مع الضرورة ، فلولا أنه يكون ذكاة مع عدمها على وجه ، وإلا لم يجز كالطعن في الفخذ ، وأما ابن بكير فإنه فصل بينهما بأن قال : إن البعير له موضع الذبح ، وإنما عُدل إلى النحر لأنه أقل

---

(١) أخرجه البخاري في الأضاحي ، باب : الأضحية للمسافر والنساء : ٦/٢٣٥ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) ابن بكير : أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد الله بن بكير ، التميمي البغدادي : تفقه بالقاضي إسماعيل ، وعنه ابن الجهم والتسترى (ت ٣٠٥ هـ) (شجرة النور الزكية ص ٧٨) .

(٤) انظر : المقدمات : ١/٤٢٩ .

(٥) في (م) : الكراهية .

لتعذيبه والشاة لا منحر لها لأن موضع لبتها يقرب من خاصرتها ، فيكون كالطاعن في جوفها ، وهذا تلزم عليه الضرورة .

فصل [٤ - ذكاة الجنين بذكاة أمه] :

إذا ذكيت البهيمة فخرج من جوفها جنين ميت كامل الخلق نابت الشعر كان ذكياً بذكاتها [١] خلافاً لأبي حنيفة في منعه أكله [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » [٣] ، ولأن التذكية في الشرع بحسب القدرة والتمكين وتذكية الجنين لا يوصل إليها إلا بأن تذكى أمه فيذكى بذكاتها ، ولأن الجنين المتصل بأمه تابع لها في كل [٤] الأحكام الثابتة لها ، وكذلك في الذكاة ، ولأن ما امتنع مفرداً من المأكول يذكى بذكاة أصله على وجه كسائر الأعضاء .

فصل [٥ - إذا لم يشعر الجنين أو نزل حياً] :

وإنما شرطنا نبات الشعر خلافاً للشافعي [٥] ، لأن ذلك علامة نفخ الروح فيه لأن الروح [٦] لا يكون إلا فيما قد تم خلقه ، فأما ما لم ينزل ميتاً فإن ذكاة الأم لا تؤثر فيه وفي بعض الحديث : « ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا أشعر » [٧] .

فصل [٦ - في تحريم الميتة وما في معناها] :

حرم الله تعالى الميتة وما في معناها من المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/ ٤٩٠ ، التفريع : ١/ ٤٠٢ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٨، مختصر القدوري مع شرح الميداني: ٣/ ٢٢٨.

(٣) أخرجه أبو داود في الضحايا ، باب : ما جاء في ذكاة الجنين : ٣/ ٣٤ ، وابن ماجه في الذبائح ، باب : زكاة الجنين : ٢/ ١٠٦٧ ، والترمذي في الصيد ، باب : في ذكاة الجنين : ٤/ ٦٠ ، وقال : حديث حسن ، وأحمد : ٣/ ٣٩ .

(٤) كل : سقطت من (م) .

(٥) انظر الإقناع ص ١٨٤ .

(٦) فيه لأن الروح : سقطت من (م) .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٤٩٠ موقوفاً على سعيد بن المسيب .

وأكيلة السبع ، واستثنى تعالى من التحريم ما ذكى ، فدل على أن ما يذكي بعد حصول هذه الأشياء فإنه يؤكل [1] ، والمنخنقة : ما تخنق بحبل أو ما في معناها، والموقوذة : التي تضرب بالخشب حتى تموت ، والمتردية : التي تسقط من مكان عليّ [2] فتتلف ، والنطيحة : ما نطحها [3] ذات القرن فتتلف أو تقارب التلف ، وما أكل السبع : هو ما فرسه وهذا كله إذا أصابه ما ذكرناه فلا يخلوا من ثلاثة أحوال :

إما أن تخرج روحه معه فيلحق بالميتة ، لأن الميتة المحرمة هي ما تلف حتف أنفه مما يحتاج إلى ذكاة أو بوجه ليس بذكاة مثل ذبح المجوسي أو بغير آلة الذبح وكل [4] هذا موجود في مسألتنا .

وإنما قلنا : إن ذلك كله [5] ميتة لقوله تعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ [6] ، وقال صلى الله عليه وسلم : « والذكاة في الحلق واللبة » [7] ، فانتفى أن تكون ذكاة سواها ، وقال : « ما أفرى [8] الأوداج وذكر اسم الله فكل » [9] ، وهذا معدوم في مسألتنا .

والثانية : أن يصيبها من [10] ذلك ما ينحتها ولا يصيب منها مقتلاً ، ويمكن أن تبقى معه غالباً سواء انتقض منها بعض البنية أو لم ينتقض ، وذلك مثل أن يلحقها

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٤٣٤/١ ، والتفريع : ٤٠٢/١ - ٤٠٣ ، الرسالة ص ١٨٥ - ١٨٦ .

(٢) في (م) : عال .

(٣) في (م) : ما تنطحها .

(٤) ، (٥) كل وكله : سقطت من (م) .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٩١) .

(٨) في (ق) : فرأ .

(٩) سبق تخريجه في الصفحة (٦٩١) .

(١٠) في (م) : مثل .

مرض أو كسر يد أو رجل أو ما أشبهه ، فهذه تذكى وتؤكل ، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ [1] ، فاستثنى ما استدركت تذكيته من التحريم، ولأن أشد ما في بابها أن تكون مريضة مثخنة ، وذلك لا يمنع تذكيتها ما لم تبلغ حال النزع .

والثالثة : أن يصيبها من ذلك ما لا تعيش معه مثل أن تنفذ مقاتلها [2] أو يخرج السبع حشوتها أو يرض دماغها أو ما أشبه ذلك مما لا يجوز أن تبقي معه ، إما قطعاً أو غالباً ، فهذه لا تصح تذكيتها ، والأصل فيه أن الذكاة تعمل في الحي دون الميت ، وما هو في حكم الميت لا تعمل فيه ، وهذه في حكم الميت لأن الحركة الباقية فيها مستعارة كحركة [3] المذبوحة ، فلا تصح تذكيتها .

فصــل [٧ - إذا وقع البعير أو البقرة أو الشاة في بئر ولـم يقدر على تذكيته] :

إذا وقع البعير أو البقر أو الشاة في بئر ولم يقدر على إخراجه ولا على تذكيته في حلقه أو لبته لم يؤكل بعقره في موضع من بدنه [4] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [5] ، لأنه مما ذكاته النحر أو الذبح فلم يزل عن ذلك باختلاف حالاته أصله إذا هرب من يده [6] ، واحتاج إلى أخذه أو صعب عليه ، وكان وحده ولم يتمكن أن يعقله لينحره ، ولأن [7] أكثر ما في بابه أن يخاف عليه التلف متى [8] تركه ، وذلك لا يبيح استعجال تذكيته على غير وجهها المأذون فيه مع القدرة عليه

(١) سورة المائدة ، الآية : ٣ .

(٢) في (ق) : مقاتله .

(٣) في (م) : كجرحه .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٤٢٨ ، التفريع : ١/ ٤٠٢ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٩ ، المهذب : ١/ ٢٥٥ .

(٦) من يده : سقطت من (م) .

(٧) في (م) : ولكن .

(٨) في (م) : مع .

أصله إذا أخذها سبع ولم يعقرها ، وخاف إن بقيت معه أن يعقرها ، فبادر برميها فإنها لا تؤكل .

فصل [٨ - إذا توحش المتأنس] :

الحيوان المتأنس كبهيمة الأنعام إذا توحش شيء منه ولحق بالوحش لم يؤكل إلا بذكاة المتأنس (١) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٢) ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « الذكاة في الحلق واللبة » (٣) ، وأشار إلى جملة الذكاة ، ولأن توحشه لم ينقله عن أحكام المتأنس من سقوط الجزاء عن المحرم قتله ، وجوازه في الضحايا والهدايا والعقيقة ، فكذلك في الذكاة ، فنقول : لأن الذكاة في الحلق واللبة من حكم المتأنس فلم يزل عنه بالتوحش أصله ما ذكرناه .

فصل [٩- لا يؤكل المقدور عليه المتأنس طبعاً أو بعد توحش إلا بذكاة] :

لا تؤكل الإنسية بما يؤكل به الصيد من إرسال السهام والجوارح سواء كان مما أصله التأنس كالأنعام والدجاج والفراخ أو مما أصله التوحش كالغزلان والأرانب ثم تأنس ، وزال عنه الاستيحاش لأنه مقدور عليه ، فلا يكون ذكاته العقر ، وأما المتأنس طبعاً فقد بينا أن ذلك لا يبيحها ، وإذا توحشت ، فما دامت لم تتوحش فهي عن ذلك أبعد (٤) .

فصل [١٠ - فيمن ضرب عنق بعير] :

ومن ضرب عنق بعير فلا يأكله لأن ذلك قتل وليس بذكاة (٥) ، لأن الذكاة في الحلق واللبة ، وهذا لم يذكه في حلقه ولا لبته .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٤٢٣ - ٤٢٤ ، التفريع : ١/ ٤٠٢ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٢) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٢٢٨ ، المهذب : ٢/ ٢٥٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٩١) .

(٤) انظر : المدونة : ١/ ٤٢٣ - ٤٢٤ ، التفريع : ١/ ٤٠٢ ، الرسالة ص ١٨٧ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٤٠٣ .

فصـل [١١ - توجيه الذبيحة إلى القِبْلة] :

يستحب للذابح أن يوجه ذبيحته إلى القِبْلة [١] ، لأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك [٢] ، ولأنه إذا لم يكن بد من جهة يتوجه إليها كانت جهة القِبْلة أولى .

فصـل [١٢ - التسمية على الذبيحة] :

والتسمية مسنونة [٣] لأمره صلى الله عليه وسلم بها في الصيد [٤] ، ولا فرق بين ذلك وبين الذبح ، ولأنه صلى الله عليه وسلم سمَّى حين ذبح أضحيته [٥] ، فإن تركها ناسياً جاز لأن ترك السنن ناسياً لا يبطل العبادة ، وإن تعمد تركها قال مالك : لا تؤكل [٦] ، فمن أصحابنا من حمله على التحريم تغليظاً لئلا يستخف بالسنن ، ومنهم من قال : هي شرط بالذكر ساقطة بالنسيان ، ومنهم من حمله على الكراهة [٧] لقوله صلى الله عليه وسلم : « الذكاة في الحلق واللبة » [٨] ، ولم يذكر التسمية ، ولأنه قول باللسان فلم يكن شرطاً في إباحة الذبيحة كالصلاة على النبي ﷺ .

---

(١) انظر : المدونة : ١/٤٢٨ ، التفريع : ١/٤٠١ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٢) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر ، وإنما هو مروي عن بعض التابعين (مصنف عبد الرزاق : ٤/٤٨٩) .

(٣) انظر : المدونة : ١/٤٢٨ - ٤٢٩ ، التفريع : ١/٤٠١ ، الرسالة ص ١٨٥ .

(٤) كما جاء في أحاديث الصيد التي سبقت (انظر الصفحة ٦٧٩) .

(٥) كما جاء في حديث أنس قال : ضحى النبي ﷺ بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر .. أخرجه البخاري في الأضاحي ، باب : التكبير عند الذبح : ٦/٢٣٨، ومسلم في الأضاحي ، باب : استحباب الأضحية : ٣/١٥٥٦ .

(٦) انظر : التفريع : ١/٤٠١ ، الكافي ص ١٧٩ .

(٧) في (م) : الكراهية .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٩١) .

فصـل [١٣ - في إراحة الذبيحة] :

وينبغي للذابح أن يحد شفرته ويريح ذبيحته لورود الخبر بذلك [١] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا قتلتم فاحسنوا القتلة » [٢] ، وهذا من إحسانها .

* * *

---

(١) كما جاء في الجزء الأخير من الحديث الآتي حيث قال صلى الله عليه وسلم : «وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

(٢) أخرجه مسلم في الذبائح ، باب : الأمر بإحسان الذبح : ٣/١٥٤٨ .

باب : الأطعمة [1]

صيد البحر كله حلال غير محتاج إلى ذكاة يجوز أكله ميتاً وبغير سبب طفي أو لم يطف على أي وجه تلف صاده مسلم أو مجوسي [2] خلافاً لأبي حنيفة في اعتباره أن يموت بسبب [3] ، لقوله تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾[4] ، ففرق بين الصيد والطعام ، فدل أن الطعام ما مات بنفسه ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » [5] ، وفي حديث جابر[6] : أن أبا عبيدة [7] أصاب حوتاً ميتاً فأكل أهل الجيش منه ثمان عشرة ليلة ثم أعلموا النبي ﷺ فقال : « إنما هي طعمة أطعمكموها الله فهل معكم منها شيء » [8] ، واعتباراً بتلفه عن سبب بعلة أنه من صيد البحر .

---

(1) الأطعمة : جمع طعام ، وهو ما يؤكل وما يشرب .

(2) انظر : الموطأ : ٢/ ٤٩٤ - ٤٩٥ ، التفريع : ١/ ٤٠٥ .

(3) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٢٣١ .

(4) سورة المائدة ، الآية : ٩٦ .

(5) سبق تخريج الحديث .

(6) **جابر** : بن عبد الله بن عمرو بن حزام أبو عبد الله ، وقيل : أبو عبد الرحمن الأنصاري الصحابي من أهل بيعة الرضوان كان مفتي المدينة في زمانه ، مات سنة ثمان وسبعين (انظر سير أعلام النبلاء : ٣/ ١٨٩ ، وشذرات الذهب : ١/ ٨٤) .

(7) **أبو عبيدة** : عامر بن عبد الله بن الجراح القرشي الفهري ، المكي أحد السابقين الأولين ، أمين هذه الأمة ومناقبه ، شهيره جمة ، توفى سنة ثمان عشرة وله ثمان وخمسون سنة (انظر سير أعلام النبلاء : ١/ ٥ ، شذرات الذهب : ١/ ٢٩) .

(8) أخرجه البخاري في الحج إذا رأى المحرمون صيداً ٢/ ٢١٠ ، ومسلم في الحج ، باب : تحريم الصيد للمحرم : ٢/ ٨٥٢ .

فصـل [١ - حكم ما له شبه في البر] :

لا فصل بين ما له شبه في البر وبين ما لا شبه له في جواز أكله مثل كلب الماء وخنزيره وغير ذلك من أنواع صوره (١) ، خلافاً للشافعي (٢) ، لعموم الظواهر، ولأنه من صيد البحر كالذي لا شبهة له .

فصـل [٢ - في أكل الطير] :

يؤكل الطير كله ما له مخلب وما لا مخلب له (٣) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٤) ، لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ قل لا أجد فيما أوحيَ إليَّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة ﴾ (٥) الآية، وقوله: ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا﴾(٦) ولأنه ممنوع من الطير فأشبه سائرها .

فصـل [٣ - في أكل سباع الوحش] :

يكره أكل سباع الوحش من غير تحريم (٧) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن جميعها حرام (٨) ، والشافعي في قوله : حل الضبع والثعلب دون غيرهما (٩) لعموم الظواهر ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « الحلال ما أحله الله في القرآن، والحرام ما حرمه الله في القرآن وما سكت عنه فقد عفى عنه » (١٠) ،

---

(١) انظر : المدونة : ١/٤١٩ - ٤٢٠ ، التفريع : ١/٤٠٥ ، الكافي ص ١٨٧ .

(٢) انظر : المهذب : ١/ ٢٥٠ .

(٣) انظر : المدونة : ١/٤٢٧ ، التفريع : ١/٤٠٥ ، الكافي ص ١٨٦ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٢٢٩ الإقناع ص ١٨٣ ، المهذب : ١/٢٤٨ .

(٥) سورة الأنعام ، الآية : ١٤٥ .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

(٧) انظر : المدونة : ١/٤٢٦ ، التفريع : ١/٤٠٦ ، الكافي ص ١٨٦ .

(٨) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٩٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني: ٣/ ٢٢٩

(٩) انظر : المهذب : ١/٢٤٧ .

(١٠) أخرجه البيهقي : ٩/ ٣٢٠ ، وقال : رواه سيف بن هارون عن التيمي عن أبي عثمان عن سلمان مرفوعاً .

ولأن كل حيوان يظهر جلده بذبحه فلا يحرم أكله كسائر الصيود عندنا مع أبي حنيفة لأنه يوافقنا في أن الذكاة تعمل في تطهير أهب جميع السباع ، وعلى الشافعي لأنه نوع من السباع لا يكفر مستحله كالضبع والثعلب .

فصل [٤ - أكل الحمر الأهلية والبغال] :

أكل الحمر الأهلية مغلظة الكراهة [١] عند مالك ، ومن أصحابنا من يقول : هو حرام [٢] وليس كالخنزير ، فوجه مالك قوله تعالى : ﴿ قل لا أجد فيما أوحيَ إليَّ محرماً على طاعم يطعمه ﴾ [٣] الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ما سكت عنه فقد عفي عنه » [٤] ، ولأنه حيوان معد للركوب كالخيل ، ووجه التحريم ما روي أنه صلي الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية [٥] ، وحكم البغال حكم الحمير .

فصل [٥ - في حكم أكل الخيل] :

فأما الخيل فيكره أكلها [٦] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : أنه مباح من غير كراهة [٧] ، لقوله تعالى : ﴿ لتركبوها وزينة ﴾ [٨] ، ففرق بينها وبين الأنعام ، وأخبر عن المقصود منها وهو الركوب والتجميل [٩] بخلاف المقصود من الأنعام ، ولأنه ذو حافر ، فجاز أن يتعلق المنع بأكله أصله الحمير والبغال ،

---

(١) في (م) : مغلظة الكراهية .

(٢) انظر : المدونة : ٤٢٧/١ ، التفريع : ٤٠٦/١ .

(٣) سورة الأنعام ، الآية : ١٤٥ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) أخرجه البخاري في الذبائح ، باب : لحوم الخيل : ٢٢٩/٦ ، ومسلم في الذبائح، باب إباحة أكل لحوم الخيل : ١٥٤٨/٣ .

(٦) انظر : التفريع : ٤٠٦/١ ، الكافي ص ١٨٧ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٩ ، المهذب : ٢٤٦/١ .

(٨) سورة النحل ، الآية : ٨ .

(٩) في (م) : التحمل .

ولا يدخل عليه حمير الوحش لما قلنا [1] فجار ، ويمكن أن نحترز بأن نقول متأنس ، ولأن الخيل محتاج إليها للجهاد عليها ، ففي إباحة أكلها تطريق إلى انقطاع نسلها .

فصـل [٦ - في حكم أكل الجراد] :

الجراد عند مالك لا يؤكل إلا إذا مات بسبب ، وقال محمد بن عبد الحكم : يؤكل وإن مات بغير سبب [2] ، فوجه قول مالك : أنه من حيوان البر كسائر الحيوان ، ووجه قول محمد قوله صلى الله عليه وسلم : « أُحلت لنا ميتتان فذكر: السمك والجراد » [3] .

فصـل [٧ - في الانتفاع بجلد الميتة] :

في جلد الميتة إذا دبغ روايتان [4] : إحداهما أنه نجس وأن الدباغ لا يعمل في تطهيره بوجه ، والأخرى إنه يطهر بالدباغ وهي مخرجة على رواية ابن عبد الحكم في جواز بيعه بعد الدباغ إذا بين له وهو قول لابن وهب وأبي حنيفة والشافعي[5] فوجه الرواية الظاهرة قوله عزَّ وجَلَّ: ﴿حرمت عليكم الميتة ﴾ [6]، وقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تنتفعوا من الميتة بشيء »[7]، ولأنه جزء من الميتة

---

(١) في (ق) : لأنا قلنا .

(٢) انظر : المدونة : ١/٤١٩ - ٤٢٠ ، الكافي ص ١٨٧ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في الصيد ، باب : صيد الحيتان والجراد (٢/١٠٧٣) ، وفي إسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، وأحمد : ٢/٩٧ ، والدارقطني : ٤/٢٧١ - ٢٧٢ ، والبيهقي : ٩/٢٥٧ ، وابن حبان في الضعفاء وقال في التنقيح : وهو موقوف في حكم المرفوع (انظر نصب الراية : ٤/٢٠٢) .

(٤) انظر : الموطأ : ٢/٤٩٨ ، التفريع : ١/٤٠٨ ، الرسالة ص ١٨٦ ، الكافي ص ١٨٨ - ١٨٩ .

(٥) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٢٣٠ - ٢٣١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ١/٣٠٤ .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٣ .

(٧) أخرجه أبو داود في اللباس ، باب : من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة (٤/٣٧١)=

نجس بالموت ، فوجب أن تتأبد نجاسته كاللحم ، ولأنه لما نجس بالموت استحال أن يطهر مع بقاء علة تنجسه ، ووجه الأخرى قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » (١) ، وسائر الأخبار الواردة في الدباغ ، ولأنها نجاسة طرأت على جلده تعمل الذكاة في لحمه فوجب أن يطهر بالدباغ كجلد المذكى .

فصل [٨ - فيما يستعمل فيه جلد الميتة] :

يجوز استعماله في اليابسات دون المائعات (٢) ، خلافاً لأحمد بن حنبل (٣) لأن الأخبار تدل على ضرب من الإباحة ، وقد ثبت أنه ليس المراد بها الطهارة ، فلم يبق إلا نوع من الانتفاع ، وإنما خصصنا اليابس لأنه لا يصل إليه شيء من النجاسة بخلاف الرطب .

فصل [٩ - عدم طهارة جلد الخنزير] :

على الرواية الأخرى لا يطهر جلد الخنزير بحال خلافاً لأبي يوسف وداود (٤) للظواهر ، ولأن الدباغ يخلف الذكاة فيما تأتي الذكاة فيه ويمتنع فيما لا ذكاة فيه .

فصل [١٠ - في الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ] :

لا يجوز الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ (٥) خلافاً لمن أجاز ذلك (٦) لأنه نجس، وإنما شرط الدباغ في تطهيره أو في إباحة الانتفاع به ، فإن خالفوا في

=والنسائي في الفرع والعتيرة ، باب : ما يدبغ به جلود الميتة : ٧/ ١٥٤ ، وابن ماجه في اللباس ، باب : من قال : لا ينتفع من الميتة بإهاب : ٢/ ١١٩٤ ، والترمذي في اللباس ، باب : ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت : ٤/ ١٩٤ ، وقال : حديث حسن .

(١) أخرجه مسلم في الحيض ، باب : طهارة جلود الميتة بالدباغ : ١/ ٢٧٧ .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٤٠٨ ، الكافي ص ١٨٩ .

(٣) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ١٢ ، مختصر الخرقي ص ١٦ .

(٤) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٢٣١ ، المغني ص ٦٦ ، المحلي: ١٥٣ .

(٥) انظر : التفريع : ١/ ٤٠٨ ، الرسالة ص ١٨٦ ، الكافي ص ١٨٨ - ١٨٩ .

(٦) أجازه الزهري (انظر : المغني : ١/ ٦٦) .

نجاسته قبل الدباغ دللنا عليه بالظواهر ، وأنه جزء من الميتة كانت فيه حياة ، فوجب أن ينجس بالموت كاللحم ، فإن خالفونا [1] في إباحة الانتفاع به دللنا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم : « ما على أهلها لو أخذوا جلدها فدبغوه فانتفعوا به » [2] ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها : « أنه صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت » [3] .

فصـــل [١١ - في عظم الميتة وقرنها] :

عظم الميتة وقرنها نجس [4] خلافاً لأبي حنيفة [5] لأنه جزء كانت فيه حياة كاللحم ، ويدل على أنه كانت فيه حياة قوله تعالى : ﴿ قل يحييها الذي أنشأها أول مرة ﴾ [6] ، ولأن الإدراك يقع به كاللحم .

فصـــل [١٢ - طهارة شعر الميتة وصوفها] :

شعر الميتة وصوفها طاهر [7] خلافاً للشافعي [8] لقوله تعالى : ﴿ ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها ﴾ [9] فعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « لا بأس

---

(١) في (م) : خالفوا .

(٢) أخرجه البخاري في الدباغ ، باب : جلود الميتة : ٦/ ٢٣١ ، ومسلم في الحيض ، باب : طهارة جلود الميتة بالدباغ : ١/ ٢٧٧ .

(٣) أخرجه أبو داود في اللباس ، باب : أهب الميتة : ٤/ ٣٦٨ ، وابن ماجه في اللباس باب : جلود الميتة إذا دبغت : ٢/ ١١٩٤ ، والنسائي في الفرع ، باب : الرخصة في الاستمتاع بجلود الميتة إذا دبغت : ٧/ ١٥٥ ، وقال فيه : عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أبيه عن عائشة .

(٤) انظر : التفريع : ١/ ٤٠٨ ، الكافي ص ١٨٩ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ١/ ٢٤ .

(٦) سورة يس ، الآية : ٧٩ .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٤٠٨ ، الرسالة ص ١٨٦ ، الكافي ص ١٨٩ .

(٨) انظر : مختصر المزني : ١ .

(٩) سورة النحل ، الآية : ٨٠ .

بصوفها إذا غسل بالماء » [1] ، ولأنه لا حياة فيه فاستحال أن ينجس بالموت ، يبين ذلك أن الإدراك لا يقع به وأن أخذه جائز حال الحياة ولا يكون نجساً بخلاف اللحم والجلد .

فصـل [١٣ - في شعر الخنزير] :

لا فرق بين شعر الخنزير وغيره [2] لأن أكثر ما في الخنزير أن يكون ميتة [3] .

فصـل [١٤ - في أكل ذبيحة أهل الكتاب] :

يجوز أكل ذبيحة [4] أهل الكتاب [5] ، لقوله تعالى : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ [6] فعم ، ولأن كل جنس جاز نكاح نسائهم جاز أكل ذبائحهم كالمسلمين عكسه المجوس ، وإن جاز أكل ذبائحهم جاز أكل سائر أطعمتهم .

فأما إذا خيف منهم استعمال النجاسة كالخمر والخنزير وغير ذلك ، فيجب اجتنابها إلا ما نشاهد منها سليما من إصابتها إياه .

فصـل [١٥ - طعام وذبائح المجوس] :

طعام المجوس الذي لا يحتاج إلى ذكاة يجوز أكله ولا يؤكل ما ذكوه [7] لقوله تعالى : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ [8] ، فدل على أن غيرهم بخلافهم ، ولأن كل من لا ينكح نساؤهم فلا يؤكل ذبائحهم كالمرتدين والوثنيين عكسهم أهل الكتاب .

---

(١) أخرجه الدارقطني عن أبي بكر الهذلي وهو متروك (انظر نصب الراية : ١/١١٨).
(٢) في (م) : وجلده .
(٣) انظر : التفريع : ١/٤٠٨ ، الكافي ص ١٨٩ .
(٤) في (م) : ذبائح .
(٥) انظر : المدونة : ١/٤٣١ - ٤٣٣ ، التفريع : ١/٤٠٦ ، الرسالة ص ١٨٧ .
(٦) سورة المائدة ، الآية : ٥ .
(٧) انظر : المدونة : ١/٤٨ - ٤١٩ ، التفريع : ١/٤٠٦ ، الرسالة ص ١٨٧ .
(٨) سورة المائدة ، الآية : ٥ .

فصـل [١٦ - في شحوم اليهود] :

شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك ، وليست بمحرمة ، وعند ابن القاسم وأشهب أنها حرام ، وقيل : أنه مروي عن مالك [١] ، وعند أبي حنيفة والشافعي أنها مباحة غير مكروهة ، فوجه التحريم أنها ذكاة قصد مذكيها إلى محلّل ، محرم في اعتقاده فوجب أن يبيح ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه أصله المسلم إذا ذبح الشاة ، فإن التذكية تنصرف إلى اللحم دون الدم .

ووجه الإباحة أن اليهودي يعتقد استباحة الشاة وإنما يعتقد تحريم بعض منها واعتقاده ذلك باطل عندنا ، فكان كالمسلم يعتقد بالذبح إباحة اللحم دون الشحم، فإذا كان ذلك غير مؤثر فكذلك هاهنا ، ووجه الكراهة أنه لما [٢] لم يقصد اللحم بالتذكية ، فأشبه الدم الذي لا يقصده المسلم بالتذكية ، ولأن الأفضل أن يكون كلما يؤكل مقصود كاللحم .

فصـل [١٧ - ما ماتت فيه الفأرة من الطعام والشراب] :

ما ماتت فيه الفأرة من الطعام والشراب ألقيت وما حولها إن كان جامداً وأكل باقيه [٣] إلا أن يطول مقامها فيه فيطرح جميعه ، وأما المائع فيطرح كله [٤] ، وإنما قلنا ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ، وسئل عن فأرة وقعت في سمن : «إن كان جامداً فألقوها وما حولها ، وإن كان مائعاً فأريقوه » [٥] ، ولأنه إذا كان جامداً لم تتعد النجاسة موضع وقوعها وما جاوره ، ولم تسر إلى باقيه ، وليس

---

(١) انظر : التفريع : ٤٠٦/١ ، الرسالة ص ١٨٧ ، الكافي ص ١٨٧ .

(٢) لما : سقطت من (ق) .

(٣) في (م) : باقيها .

(٤) انظر : الموطأ : ٩٧١/٢ ، التفريع : ٤٠٧/١ ، الرسالة ص ١٨٦ - ١٨٧ .

(٥) أخرجه أبو داود في الأطعمة ، باب : في الفأرة تقع في السمن : ١٨١/٤ ، وابن حبان في صحيحه ، وأصله في صحيح البخاري ولفظه : « خذوها وما حولها وكلوا سمنكم » في الذبائح والصيد ، باب : إذا وقعت الفأرة في السمن الجامد أو الذائب (٢٣٢/٦) .

كذلك إذا كان مائعاً لأنها تنتشر فيه وتسري إلى باقيه ، وكذلك إذا أطال مقامها في الجامد ذابت وتفرقت أجزاؤها وانتشرت إلى جميعه .

فصل [١٨ - فيمن يضطر إلى أكل الميتة] :

المضطر الخائف على نفسه التلف له أن يأكل الميتة للظاهر (١) ، والإجماع (٢)، وفي قدر ما يؤكل منه روايتان : إحداهما ما يسد به رمقه ، والأخرى حتى يشبع (٣) .

فوجه الأولى : أن الإباحة لحفظ (٤) النفس ، فإذا وجد لم تجز الزيادة عليه لأنه يخاف التلف اعتباراً بالسبع (*) .

ووجه الثانية : عموم الظاهر ، ولأن الضرورة حاصلة فيما دون التلف كحصولها مع خوفه ، فجاز له أكلها ، وله أن يتزود منها احتياطاً واستظهاراً لجواز أن يدوم به العدم ، فإن استغنى عنها طرحها .

* * *

---

(١) من قوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [الأنعام الآية : ١١٩] وغيرها من الآيات .

(٢) المجموع : ٣٩/٩ ، المغني : ٥٩٥/٨ ، فتح الباري : ٦٥/١٠ .

(٣) انظر : الموطأ : ٤٩٩/١ ، التفريع : ٤٠٧/١ ، الرسالة ص ١٨٦ .

(٤) في (م) : تحفظ .

(*) كذا والظاهر الصواب أنها (بالشبع) . مصححه

باب : الأشربة [1]

الخمر [2] مجمع [3] على تحريمها [4] ، وورود القرآن والمتواتر من الأخبار بذلك ، ووقوع العلم الضروري به من دين الأمة مغن عن زيادة عليه ، فإذا ثبت ذلك فالمجمع عليه هو عصير العنب النيء الذي لم تمسه النار ، فأما ما عداه فإن كل شراب أسكر كثيرة فقليله حرام نيئاً كان أو مطبوخاً من أي نوع كان من عنب أو زبيب أو تمر أو رطب [5] أو بسر أو دبس أو عسل أو ذرة أو شعير أو قمح [6] أو أي شيء كان [7] ، هذه الجملة يوافقنا فيها الشافعي [8] ، ولأبي حنيفة في ذلك تفصيل يطول شرحه إلا أنه يبيح في الجملة نبيذ التمر المسكر المطرب إذا شرب منه قدراً لا يبلغ بشاربه السكر [9] .

فدليلنا من وجهين : أحدهما : إثباتنا ذلك كله خمراً ، والآخر الاستدلال على عين المسألة ، فأما إثباتها خمراً فله طريقان : الأخبار والقياس ، فالأخبار ما

---

(١) الأشربة : القصد من هذا الباب بيان ما يجوز شربه وما يحرم .

(٢) الخمر : من الخمار الذي تغطى به المرأة رأسها (المغرب ص ١٥٤ ، المصباح المنير ص ١٨١) .

(٣) في (ق) : مجموع .

(٤) انظر : شرح مسلم - للنووي : ٧/ ٢٤٣ ، المحلي : ٨/ ٢٣٠ ، فتح الباري : ١٠/ ٣٣ .

(٥) رطب : سقطت من (ق) .

(٦) قمح : سقطت من (ق) .

(٧) انظر : الموطأ : ٢/ ٨٤٤ - ٨٤٨ ، التفريع: ١/ ٤١٠ ، الكافي ص ١٩٠ -١٩١.

(٨) انظر : مختصر المزني ص ٢٦٦ .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٨١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٢١٤ - ٣١٥ .

روي النعمان بن بشير (١) : أن رسول الله ﷺ قال : « إن من العنب خمراً ، وإن من الزبيب خمراً ، وإن من التمر خمراً ، وإن من العسل خمراً ، وإن من الشعير خمراً وأنهاكم عن كل مسكر » (٢) ، وروي : أن أبا هريرة (٣) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة ، والعنبة»(٤) ، وروي ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « كل مسكر حرام وكل مسكر خمر » (٥) ، وعند المخالف : أن نبيذ التمر لا يكون خمراً على وجه أسكر ، أو لم يسكر ، وفي حديث أنس : أن الخمر لما حرمت قال أبو طلحة(٦) قم إلى هذه الجرار فأكسرها (٧) ، وكان فيها شراب من بطيخ وتمر ، فأما القياس، فلما علمنا أن العرب إنما سمت الخمر بهذا الاسم لوجود الإسكار والشدة المطربة ، ولم يوافقونا على قصر ذلك على جنس ما توجد فيه دون غيره وجب

---

(١) النعمان بن بشير : بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي له ولأبويه صحبة ، ثم سكن الشام ، ثم ولي إمرة الكوفة ، ثم قتل بحمص سنة خمس وستين ، وله أربع وستون سنة (انظر تقريب التهذيب ص ٥٦٣ ، شذرات الذهب : ١/ ٧٢) .

(٢) أخرجه أبو داود في الأشربة ، باب : الخمر ما هي : ٤/ ٨٣ ، والترمذي في الأشربة ، باب : ما جاء في الحبوب التي يتخذها الخمر : ٤/ ٢٩٧ ، وابن ماجه في الأشربة ، باب : ما يكون منه الخمر : ٢/ ١١٢١ ، والدارقطني : ٤/ ٢٥٣ ، والبيهقي : ٨/ ٢٨٩ ، والحاكم : ٤/ ١٤٨ .

(٣) في (ق) : أن أبا بكر ، والصحيح أن الحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنهما .

(٤) أخرجه مسلم في الأشربة ، باب : بيان أن جميع ما ينتبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمراً (٣/ ١٥٧٣) .

(٥) أخرجه مسلم في الأشربة ، باب : بيان أن كل مسكر خمر : ٣/ ١٥٨٧ .

(٦) أبو طلحة : هو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو بن زيد الخزرجي البخاري صاحب رسول الله ﷺ ومن بني أخواله ، وأحد أعيان البدريين ، مات سنة أربع وثلاثين (انظر سير أعلام النبلاء : ٢/ ٢٧ ، شذرات الذهب : ١/ ٤٠) .

(٧) أخرجه الإمام مالك في الموطأ : ٢/ ٨٤٧ ، والبخاري في الأشربة ، باب : نزل تحريم الخمر : ٦/ ١٤١ ، ومسلم في الأشربة ، باب : تحريم الخمر : ٣/ ١٥٧٢ .

إجراء العلة حيث وجدت ، وعلمنا بأنها [1] علة بالطريق الذي به تعلم العلل ، وهو وجود الحكم بوجودها وارتفاعه بارتفاعها ، لأن العصير ما لم يشتد يسمى خمراً ، فإذا اشتد سمي بذلك ، فإذا زالت الشدة زال الاسم فثبت ما قلناه ، فأما الاستدلال على نفس المسألة بالنقل المستفيض روت عائشة رضي الله عنها : أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن البتع فقال : « كل شراب أسكر فهو حرام »[2] قال الراوي : البتع هو نبيذ العسل [3] ، وروي ابن عمر وأبو موسى قالا : قال رسول الله ﷺ : « كل مسكر حرام » [4] ، وروي جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « ما أسكر كثيره فقليله حرام » [5] ، وقالت عائشة رضي الله عنها : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « كل مسكر حرام ، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام » [6] ، ولأنه إجماع الصحابة [7] ، ولأن عمر رضي الله عنه حد على شراب سأل عنه فقيل : أنه يسكر ولم ينكر عليه أحد ، واعتبر السكر

---

(١) في (م) : بأنه .

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة ، باب : بيان أن كل مسكر خمر (٣/ ١٥٨٥) ، والبخاري في الأشربة ، باب : الخمر من العسل (٦/ ٢٤٢) .

(٣) في (م) : شراب العسل .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) أخرجه أبو داود في الأشربة ، باب : النهي عن المسكر : ٤/ ٨٧ ، والنسائي في الأشربة ، باب : تحريم كل شراب أسكر كثيره : ٨/ ٢٦٨ ، وابن ماجه في الأشربة ، باب : ما أسكر كثيره فقليله حرام : ٢/ ١١٢٥ ، والترمذي في الأشربة ، باب : ما أسكر قليله فكثيره حرام : ٤/ ٢٥٨ ، وقال : حديث حسن غريب ، وأخرجه أحمد : ٣/ ٣٤٣ ، وصحّحه ابن حبان (انظر نصب الراية : ٤/ ٣٠٢) .

(٦) أخرجه أبو داود في الأشربة ، باب : ما أسكر كثيره فقليله حرام : ٤/ ٩١ ، والترمذي في الأشربة ، باب : ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام : ٤/ ٢٥٨ ، وقال : حديث حسن ، والفرق : مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلاً ، والجمع فرقان .

(٧) انظر : المحلي : ٨/ ٢٧٠ ، المغني : ٨/ ٣٠٣ .

دون كونها خمراً لأنه قال [1] : وجدت من فلان ريح شراب زعم أنه الطلاء[2] وإني سائل عنه ، فإن كان يسكر حددته [3] ، ولم ينكر عليه أحد ، ولأنه شراب يسكر كثيره ، فوجب أن يحرم قليله كالخمر .

فصل [١ - الحد على شارب المُسكِر] :

إذا ثبت ما ذكرناه فعلى شاربه الحد اعتباراً بالخمر ولا يراعى أأسكر القدر الذي شرب منه أو لم [4] يسكر ، والحد فيه ثمانون [5] ، خلافاً للشافعي في قوله أربعون [6] ، لإجماع الصحابة عليه ، وسؤال عمر رضي الله عنه وتعليل عليّ رضي الله عنه : بأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذي ، وإذا هذى افترى فيجلد حد المفتري [7] ، ولم ينكر عليه ذلك أحد ، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وعبد الرحمن وابن مسعود وابن عباس وأبي موسى [8] ، ولأنه ليس في الأصول حد يقصر عن ثمانين ، فكان ما قاله خلافاً للأصول [9] .

فصل [٢ - في منع تملك المسلم خمراً] :

ولا يحل لمسلم أن يتملك خمراً خلافاً لأبي حنيفة [10] ، ولا شيئاً من المسكر

---

(١) في (م) : قال : إني .

(٢) الطلاء : كل ما يطلى به من قطران أو نحوه ، ويقال لكل ما خثر من الأشربة طلاء على التشبيه (المغرب ص ٢٩٣) .

(٣) أخرجه البخاري في الأشربة ، باب : الباذق وما نهى عن كل مسكر من الأشربة : ٦/ ٢٤٤ ، ومالك : ٢/ ٨٤٢ .

(٤) في (م) : أم لم .

(٥) انظر : الموطأ : ١/ ٨٤٢ ، الرسالة ص ٢٤٣ .

(٦) انظر : مختصر المزني ص ٢٦٦ ، الإقناع ص ١٧٠ .

(٧) أخرجه مالك : ٢/ ٨٤٢ .

(٨) في تخريج هذه الآثار انظر : الموطأ : ٢/ ٨٤٢ - ٨٤٣ ، البيهقي : ٨/ ٣١٨ - ٣٢١ ، المغني : ٨/ ٣٠٧ .

(٩) في (م) : خلاف الأصول .

(١٠) خلافاً لأبي حنيفة : سقطت من (ق) .

فمن وجدت عنده أريقت عليه [1] للإجماع على إراقة الخمر ، وحديث أبي سلمة [2] أنهم أراقوا ما كان عندهم [3] ، ولأنه صلى الله عليه وسلم أمر بإراقتها[4] ، فأما ظروفها فاختلف أصحابنا فقيل : يكسر جميعها وتشق تأديباً له وردعاً عن أن يمسكها ثانية ، لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بإراقتها وشق ظروف الخمر التي كانت لليتيم [5] ، وقيل : يشق منها ويكسر ما أفسدته الخمر ونجسته مما لا ينتفع به إلا في الخمر ، وما عدى ذلك من الظروف التي إذا غسلت زال عنها الخمر جملة فلا تشق لأنه لا فائدة في ذلك أكثر من إضاعة المال، وذلك منهي عنه .

فصـل [٣ - الخمر إذا تخللت] :

ومن عصى بإمساك الخمر حتى تخللت ولم يرقها جاز له أكلها ولا خلاف في ذلك [6] ، وإن تعمد تخليلها كره له ذلك وجاز له أكلها [7] ، (هذه الرواية الظاهرة ، وعنه رواية أخرى أنه لا يجوز أكلها) [8] تغليظاً ، وقول الشافعي : أنه لا يجوز أكلها إذا خللت لبقائها على النجاسة ، ودليلنا للرواية الظاهرة : أن التنجيس والحظر إنما كان لأجل الشدة فإذا زالت [9] وجب زوالها ، لأن الحكم يجب زواله بزوال علته ، وإن شئت أن ترده إلى أصل ، قلت : كما لو انقلبت

---

(١) انظر : الموطأ : ٨٤٨/٢ ، التفريع : ١/ ٤١٠ ، الكافي ص ١٩١ .

(٢) أبو سلمة : ابن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن كعب ، أخو رسول الله ﷺ من الرضاعة ، شهد بدراً ، ومات بعدها بأشهر (انظر : سير أعلام النبلاء : ١/ ١٥٠) .

(٣) لم أجد حديث أبي سلمة ، ولعله حديث أبي سعيد الخدري الذي أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : تحريم بيع الخمر : ١٢٥/٣ .

(٤) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : تحريم بيع الخمر : ١٢٠٥/٣ .

(٥) هو الحديث السابق الذكر .

(٦) انظر : المغني : ٨/ ٣٣٠ ، فتح الباري : ٥٣٥/١٠ ، المجموع : ٢/ ٥٨٤ .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٤١٠ - ٤١١ ، الكافي ص ١٩٠ .

(٨) ما بين قوسين : سقطت من (م) .

(٩) في (م) : زال .

بنفسها ، ولأنه مائع نجس لوجود معنى لو زال بغير صنع آدمي لظهر ، فكذلك يجب أن يزول بفعل الآدمي أصله الماء إذا تغير من نجاسة ثم زال التغير [١] .

فصل [٤ - في مؤاجرة الرجل نفسه أو داره أو غلامه في شيء من عمل الخمر] :

لا يجوز أن يؤاجر الرجل نفسه ولا داره ولا غلامه ولا دابته في شيء من عمل الخمر [٢] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن ذلك جائز تجب الأجرة فيه [٣] لقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [٤] ، وهذا منه لأنه عقد إجارة علي شيء [٥] محظور فلم يجز ، أصله إذا اكترى غلاماً ليتلوط [٦] به أو امرأة ليزنى بها .

فصل [٥ - في فسخ عقود إجارة عمل الخمر إذا أدركت قبل الفوات] :

إذا ثبت منع ذلك ، فإذا أدرك قبل الفوات فسخ العقد ، وإن لم يدرك حتى فات أخذت الأجرة فتصدق بها ولم تترك على واحد منهما [٧] عقوبة للمستأجر، ولأن عمل المؤاجر لا يستحق عوضاً [٨] عليه .

فصل [٦ - كراهية شرب الخليطين] :

يكره شرب الخليطين من التمر والرطب أو الزبيب والعنب أو التمر والبسر [٩]

---

(١) في (م) : التغيير .

(٢) انظر : التفريع : ١/ ٤٠ ، الكافي ص ١٩٠ - ١٩١ .

(٣) والمذهب أنه لا يجوز الاستئجار .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

(٥) في (م) : على فعل .

(٦) في (م) : ليلوطه .

(٧) انظر : التفريع : ١/ ٤١٠ ، الكافي ص ١٩١ .

(٨) في (م) : عملاً .

(٩) البسر : ما لم ينضج من تمر النخل .

أو الزبيب والبسر أو البسر والرطب [1] للنهي عن ذلك [2] ، والمعنى فيه : أنه إذا جمع بين نوعين من هذه الأنواع أسرعت الشدة إليها وبطل على جامعها ما أراد من الانتباذ المباح ، فإن فعل ذلك أساء وينظر ، فإن وجدت [3] الشدة المطربة حرمت وإلا جاز شربه ما لم يسكر وخلطها للنبيذ والخل سواء .

فصـل [٧ - جواز شرب العصير] :

شرب العصير جائز لا خلاف فيه أعلمه [4] ، لأنه غير مسكر ولا مخمر ، فهو كأكل العنب ، وكذلك العقيد إذا طبخ طبخاً لا يسكر معه ، وينبغي أن يطبخ حتى يذهب منه الثلثان لأن ذلك حد لجواز شربه أو أكله ، ولكن لا يؤمن منه تبقى فيه قوة الشدة ، والعقيد أن يطبخ رب العنب والتمر حتى يذهب أكثره ويثخر ثم يمزج بالماء ويشرب .

فصـل [٨ - جواز الانتباذ في كل الأوعية] :

والانتباذ في كل الأوعية جائز إلا الدباء والمزفت [5] لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الانتباذ فيهما [6] ، والدُباء القرع ، والمزفت المطلي بالزفت والقار

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/ ٨٤٤ ، التفريع : ١/ ٤١٠ - ٤١١ ، الكافي ص ١٩١ .

(٢) ثبت عنه صلي الله عليه وسلم : « أنه نهى أن يُنبذ التمر والزبيب جميعاً ، ونهى أن يُنبذ الرطب والبسر جميعاً » أخرجه البخاري في الأشربة ، باب : من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكراً (٦/ ٢٤٥) ، ومسلم في الأشربة ، باب : كراهية انتباذ التمر والزبيب مخلوطين : ٣/ ١٥٧٤ .

(٣) في (م) : حدثت .

(٤) انظر : المحلي : ٨/ ٢٣٠ ، شرح مسلم : ٨/ ٢١٩ ، فتح الباري : ١٠/ ٢٩ ، ٣٥، ٣٨ ، المغني : ٨/ ٣١٧ - ٣١٨ .

(٥) انظر : الموطأ : ١/ ٨٤٤ ، التفريع : ١/ ٤١٠ ، الكافي ص ١٩١ .

(٦) أخرجه مسلم في الأشربة ، باب : النهي عن الانتباذ في المزفت : ٣/ ١٥٨١ ، ومالك : ٢/ ٨٤٣ .

كالدنان[1] وغيرها ، وإنما كره ذلك ، لأن الشدة تسرع إليه ، وإن سلم منها فلا بأس بشربه .

فصـل [٩ - جواز شرب السوبية] :

شرب السوبية جائز [2] لأنه لا يسكر ، وذكروا أنه شراب يعمل بمصر يشبه الفقاع وليس بمعروف عندنا ببغداد ولا بسائر العراق ، وعِلَّة المنع السكر ، فإذا عدمت جاز شربه . . والله أعلم [3] .

* * *

---

(١) الزفت معروف ، والقار هو المزفت .
(٢) انظر : التفريع : ١/٤١١ ، المغني : ٨/٣١٨ .
(٣) والله أعلم : سقطت من (م) .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح وأبوابه والطلاق وما يتعلق به [1]

النكاح [2] مندوب إليه [3] لقوله تعالى : ﴿ وابتغوا ما كتب الله لكم ﴾ [4]، وقوله : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴾ [5] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تناكحوا تناسلوا»[6] وقوله : « تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم » [7] ، وقوله : « من استطاع منكم الباءة فليتزوج » [8] ، وفيه أخبار كثيرة .

---

(١) في (م) : كتاب النكاح فقط .

(٢) النكاح في اللغة : مأخوذ من الضم ، وكذلك الدخول ، وفي الاصطلاح قال ابن عرفة : النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها بالكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٥٢ ، والفواكه الدواني للنفراوي : ٢/٢) .

(٣) انظر : الكافي ص ٢٢٩ ، المقدمات : ١/ ٤٥ - ٤٥٣ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .

(٥) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

(٦) أخرجه البيهقي : ٧/ ٧٨ ، وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف ، وعن أنس صححه ابن حبان بلفظ : « تزوجوا الودود الولود . . » (انظر تلخيص الحبير : ٣/ ١١٦) .

(٧) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : النهي عن تزويج من لم يلد من النساء : ٢/ ٥٤٢ ، والنسائي في النكاح ، باب : كراهية تزويج العقيم : ٤/ ٥٤ ، والحاكم : ٢/ ١٦٢ ، وقال : صحيح الإسناد ، وأحمد : ٣/ ١٥٨ ، والبيهقي : ٧/ ٧٨ .

(٨) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : الترغيب في الزوج : ٦/ ١١٧ ، ومسلم في النكاح ، باب : استحباب النكاح : ٢/ ١٠١٨ .

فصـل [١ - في حكم النكاح] :

وليس بواجب خلافاً لداود [١] اعتباراً بنكاح الأمة ، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداء بالشرع كالبيع ، ولأن المقصود منه وهو الوطء غير واجب ، فلم يكن هو واجباً .

فصـل [٢ - في تزويج الأب ابنته البكر الصغيرة] :

وللأب إنكاح ابنته البكر الصغيرة من غير خلاف [٢] ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وانكحوا الأيامى منكم ﴾ [٣] ، وقوله تعالى : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين ﴾ [٤] ، وقوله : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ﴾ [٥] ، فجعل على التي لم تبلغ عدة ، والعدة لا تجب إلا عن فراق في نكاح صحيح ، ولأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها وهي ابنة ست [٦] وبني بها وهي ابنة تسع [٧] ، وروى : أنه صلى الله عليه وسلم زوج ابنتيه من عثمان رضي الله عنه ولم يستشرهما [٨] ولا خلاف فيه .

---

(١) انظر : المغني : ٤٤٦/٦ ، نيل الأوطار : ١١٧/٦ .

(٢) انظر : الإجماع ص ٩١ ، شرح مسلم : ١٤٨/٦ ، المغني : ٤٨٧/٦ ، فتح الباري : ١٥٦/٩ ، ٢٦٩/١٢ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

(٤) سورة القصص ، الآية : ٢٧ .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

(٦) في (م) : سبع .

(٧) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : إنكاح الرجل ولده الصغار : ١٣٤/٦ ، ومسلم في النكاح ، باب : في تزويج الأب البكر الصغير : ١٠٣٨/٢ .

(٨) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر .

فصـل [٣ - في تزويج الأب ابنته البكر الكبيرة] :

وله إنكاح البكر ، وإن بلغت جبراً [١] ، خلافاً لأبي حنيفة [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم : « تستأمر اليتيمة في نفسها » [٣] فدل على أن غيرها بخلافها ، ولأنه لا يفتقر في عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه كالصغيرة ، ولأن كل ولاية تثبت للأب على الصغيرة البكر لم تزل بمجرد البلوغ كالولاية في المال .

فصـل [٤ - في استئذان البِكر الكبيرة] :

إذا [٤] ثبت ذلك فيستحب له استئذانها لقوله صلى الله عليه وسلم : «شاوروا النساء في أبضاعهن » [٥] ، ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضرر يلحقه فيه ، وقيل : إنه ربما كان بها عيب لا يعلمه ولو علمه لم يزوجها [٦] ، فإذا استأذنها أعلمته به فتحرز منه [٧] .

فصـل [٥ - في إجبار البكر المعنسة] :

وعنه في المعنسة وهي التي قد علت بسنها [٨] ، وبرز وجهها وخبرت الأمور روايتان [٩] : إحداهما : بقاء إجباره عليها ، والأخرى زواله عنها .

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/٥٢٥ ، المدونة : ٢/ ١٤٠ - ١٤١ ، التفريع : ٢/ ٢٩ ، الرسالة ص ١٩٦ .

(٢) أخرجه مختصر الطحاوي ص ١٧٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٨

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : في الاستئمار : ٢/٥٧٣ ، والترمذي في النكاح ، باب : إكراه اليتيمة ، وقال : حديث أبي هريرة حديث حسن (٣/٤٠٨) .

(٤) في (م) : فإذا .

(٥) أخرجه البيهقي : ٧/ ١٢٣ .

(٦) في (م) : يتزوجها .

(٧) في (م) : فتجوز .

(٨) في (م) : سناً .

(٩) انظر : المدونة : ٢/١٤٢ - ١٤٥ ، التفريع : ٢/ ٢٩ ، المقدمات : ١/ ٤٧٥ ، الكافي ص ٢٣١ .

فوجه بقائه : اعتباراً بغير المعنسة بعلة البكارة ، ووجه زواله : أن المعنى الموجب للإجبار في الصغيرة التي لم تعنس فله خبرتها بالأمور وعدم معرفتها بمصالحها (وذلك منتف عن المعنسة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها) [(١)] ، فقام ذلك مقام الثيوبة في رفع الإجبار عنها .

فصـل [٦ - في إجبار الثيب الكبيرة] :

وليس للأب ولا غيره إجبار الثيب الكبيرة ، ولا تزوج إلا برضاها لقوله صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها » [(٢)] ، وروي : الثيب مفسراً ، وقوله : « ليس للولي مع الثيب أمر » [(٣)] ، ولأنها قد خبرت أمرها وعرفت مصالح نفسها ، وزال الحجر عنها في مالها ، فوجب انتفاء الإجبار عنها ، ولأن الإجبار لو لم يزل عنها لم تبق امرأة تزوج بإذنها ولا معنى لرفع الإجبار ، وذلك باطل مع أنه لا خلاف فيه .

فصـل [٧ - في إجبار الثيب الصغيرة] :

وللأب إجبار الثيب الصغيرة على النكاح [(٤)] خلافاً للشافعي [(٥)] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « تستأمر اليتيمة في نفسها » [(٦)] ، فدل على أن ذات الأب بخلافها ، ولأنها صغيرة كالبكر ، ولأن ولاية الأب ثابتة عليها في المال كالغلام، ولأن الثيوبة المزيلة للإجبار وهي التي يثبت معها الإذن كثيوبة البالغ، ولأن

---

(١) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٢) أخرجه مسلم في النكاح ، باب : استئذان الثيب في النكاح : ١٠٣٧/٢ .
ورواية : « الثيب » أخرجها مسلم كذلك في نفس الكتاب والباب والجزء والصفحة .

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح في الثيب : ٥٧٨/٢ ، والنسائي في النكاح ، باب : استئذان البكر في نفسها : ٦/ ٧٠ ، وصحّحه ابن حبان وهو على شرط الصحيحين .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٤٠ - ١٤١ ، التفريع : ٢٩/٢ ، الكافي ص ٢٣١ ، المقدمات : ٤٧٦/١ - ٤٧٧ .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ١٦٤ ، الإقناع ص ١٣٤ - ١٣٦ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً ص ٧١٩ .

الثيوبة إحدى حالتي المرأة ، فلم تنفك من جواز إنكاح الأب إياها أصله حال البكارة .

فصـل [٨ - في وقت انقطاع إجبار الأب الثيب الصغيرة] :

إذا ثبت أن له إجبارها فقد اختلف في وقت انقطاعه : فقيل : ما لم تحض ، وقيل : إن البلوغ لا يقطع الإجبار [(١)] ، فوجه الأول أنها إذا حاضت فقد صارت ممن لها إذن ، والثيوبة إذا اجتمعت مع الإذن رفعت الإجبار أصله الثيب الكبيرة ، ووجه الثاني : أن كل صغيرة ملك الأب إجبارها لم يسقط عنها ببلوغها كالبكر .

فصـل [٩ - في الثيوبة التي ترفع الإجبار] :

الثيوبة التي ترفع الإجبار هي الوطء في نكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك أو شبهة ملك ولا يثبت بوطء زنا أو غصب على وجه [(٢)] ، خلافاً للشافعي ، لأن رفع الإجبار بالثيوبة لزوال الحياء والانقباض الذي يكون في البكر ، وهذا منتف عن المزني بها لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ركبته والعار الذي يلحقها ، ويزيد فيها ، فوجب بقاء الإجبار عليها ، ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال ، فكذلك إجبار النكاح .

فصـل [١٠ - إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس] :

إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس بطلاق أو موت ، فأظهر الروايتين [(٣)] عنه أنه يعتبر طول إقامتها مع الزوج أو قصر المدة : فإن طالت إقامتها وبرز وجهها زال إجباره عنها ، وإن كان ذلك بحدثان دخولها عليها ولم يطل لبثها ولو برز وجهها فإجباره باق عليها .

وإنما قلنا ذلك لأن عودها إلى الأب إذا كان عن قرب ، فإنها على الحال التي

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٢٩ ، الكافي ص ٢٣١ ، المقدمات : ١/ ٤٧٧ .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ١٤٠ - ١٤١ ، التفريع : ١/ ٢٩ ، الكافي ص ٢٣١ .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ١٤١ ، الكافي ص ٢٣١ - ٢٣٢ .

كانت عليها [1] عنده من قلة خبرتها بأمورها أو معرفتها بمصالحها لأنها لم يدخل بها فيثبت لها حكم الثيوبة ولا طال أمرها طولاً تخبر معه مواضع حظوظها وتعرف مصالحها فيقوم ذلك مقام الثيوبة ، فكان الإجبار باق عليها ، فإذا طالت إقامتها وبرز وجهها عدم هذا المعنى فيها وصارت في حكم الثيب فانقطع الإجبار عنها .

وفي حد الطول روايتان : إحداهما أنه سنة ، والأخرى لا حد فيها أكثر من العرف ، فوجه اعتبار السنة أنها مدة جعلت في الشرع حداً لأمور تتعرف منها العنة [2] ، والأدواء الثلاثة [3] في عهدة الرقيق ، فكذلك هاهنا ، ووجه نفي التحديد أن كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف ولم يرد توقيف بتحديد مدة وجب الرجوع فيه إلى العرف كالخيار في البيوع ، ويعرف إيناس الرشد باليتيم إذا بلغ ، وفي مسألتنا التوقيف معدوم ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف .

فصل [١١ - العقد على الصغيرة لا يكون إلا من أبيها] :

الصحيح من قوله: إنه لا يعقد على الصغيرة سوى أبيها [4] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: أن للأولياء أن يعقدوا عليها[5] لحديث ابن عمر أن عثمان بن مظعون[6]

---

(١) في (م) : عليه .

(٢) العنة : يقال رجل عنين الذي لا يقدر على إتيان النساء أو لا يشتهي (المصباح المنير ص ٤٣٣) .

(٣) الأدواء : المرض والأدواء الثلاثة هي : الجنون ، والجذام ، والبرص (الفواكه الدواني : ٢/١٠٦) .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٤٠ ، التفريع : ٢/ ٣٤ ، الرسالة ص ١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي ص ٢٣٢ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ١٠ .

(٦) **عثمان بن مظعون** : ابن حبيب بن وهب بن حذافة ، الجمحي ، أبو السائب من سادة المهاجرين ومن أولياء الله المتقين ، الذين فازوا بوفاتهم في حياة نبيهم ، فصلى عليهم وهو أول من دفن بالبقيع (سير أعلام النبلاء : ١/١٥٣) .

توفي وترك ابنته وأوصى إلى أخيه قدامة إذا مت [1] ، فتزوجها من عبد الله بن عمر فأراد فسخ النكاح ، وإنكاح المغيرة بن شعبة فارتفعوا إلى النبي ﷺ فقال قدامة : أنا عمها ووصي أبيها وما نقموا من عبد الله إلا أنه لا مال له ، فقال صلى الله عليه وسلم : « هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها » [2] ، ولأن كل من لا يملك التصرف في مالها بنفسه لم يملك إجبارها على النكاح كالأجنبي ، ولأن كل من لم يكن له إجبارها بعد البلوغ لم يكن له إجبارها قبله كالخال عكسه الأب .

فصل [١٢ - فيمن يجبر البكر من الأولياء] :

ولا يجبر البكر أحد من الأولياء غير الأب صغيرة كانت أو كبيرة لا جد ولا غيره [3] خلافاً للشافعي في قوله : أن الجد يجبر كالأب [4] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها » [5] ، ولأنه عصبة ويحجبه الأب فلم يملك الإجبار كالأخ ، ولأنها ولاية تملك انتقالاً لا ابتداء ، فلم يملك بها الإجبار كسائر الولايات [6] .

فصل [١٣ - إذا غاب الأب عن البكر] :

إذا غاب الأب عن البكر غيبة قريبة أو كان يتردد في تجارة أو غيرها فليس لولي ولا الحاكم أن يزوجها إلا بتوكيل من الأب ، فإن غاب غيبة طويلة منقطعة شديدة البُعد ، فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروفاً إلا أن استئذانه يتعذر وهي بالغ ،

---

(١) إذا مت : سقطت من (ر) .

(٢) قال الهيثمي : روي ابن ماجه طرفاً منه ، ورواه أحمد : ٢/ ١٣٠ ، ورجاله ثقات (مجمع الزوائد : ٤/ ٢٨٣) .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ٢/ ١٤٠ ، التفريع : ٢/ ٢٩ - ٣١ ، الرسالة ص ١٩٦ - ١٩٧ .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ١٦٤ - ١٦٥ ، الإقناع ص ١٣٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) في (م) : الولاية .

فقد اختلف في جواز إنكاحها [١] : فقال مالك : يزوجها الإمام إن رفعت ذلك إليه ، وقال عبد الملك : لا يجوز إنكاحها على وجه مع حياة الأب ، وقال ابن وهب : إن قطع عنها نفقته وأطال غيبته جاز إنكاحها برضاها ، وإن كان يبعث إليها نفقة وهي في غنى وكفاية [٢] لم يجز الإفتيات عليه ولم تزوج إلا برضاه[٣].

فوجه قول مالك : هو أن غيبة الأب إذا طالت وانقطعت أضر ذلك بها فجرى مجرى عضلها ، ولو كان الأب حاضراً وعضلها حتى علم أنه يقصد الإضرار بها لزوجها السلطان عليه ، فكذلك مع طول الغيبة .

ووجه قول عبد الملك : إن الولاية باقية للأب لا تسقط بغيبته ، فلم يكن لغيره أن يزوجها ، ولأنها بكر لها أب كالحاضر أو القريب الغيبة وليس بعاضل ، ووجه قول ابن وهب : أن المراعى في ذلك إزالة الضرر عنها بدليل أنه لو كان حاضراً وعضلها لزوجت عليه لإزالة الضرر وهذا موجود مع انقطاع النفقة ووجود[٤] الحاجة وإذا لم يكن بها ضرورة لم تزوج لأنه ليس هاهنا ما يزيل ولاية الأب أو يسوغ الإفتيات عليه .

فصل [١٤ - السلطان يزوج من غاب عنها أبوها] :

إذا ثبت جواز إنكاحها : فقيل : لا يزوجها إلا السلطان ، وقيل : للأولياء أن يزوجوها برضاها [٥] ، فوجه الأول : أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها ، فكان كالحكم على الأب ، وذلك يختص به السلطان .

ووجه الثاني : أن النكاح بالإذن لا يقف على ولي دون ولي في باب الجواز ،

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٤٤ .

(٢) في (م) : كفالة .

(٣) في (ق) : إلا برضاها .

(٤) في (ق) و (ر) : حضور .

(٥) انظر : المدونة : ٢/١٤٤ ، الرسالة ص ١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي ص ٣٣٢ - ٣٣٥.

ولأنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها ، فجاز ذلك لسائر الأولياء أصله إذا مات.

فصل [١٥ - انقطاع خبر الأب الغائب] :

فأما إن انقطع خبره ولم تعلم حياته ولا موته جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها، وقال عبد الملك : ليس لهم ذلك إلا بعد مضي أربع سنين من وقت فقده[١] ، فوجه الأول أن الظاهر من أمره الموت فجاز إنكاحها لأن أحسن أحواله[٢] أن يحمل أمره محمل العضل ، فيجب إزالة الضرر عنها وعبد الملك نزلها منزلة امرأة المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره ، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له .

فصل [١٦ - في إذن المزوجة] :

إذن المزوجة على ضربين [٣] : إن كانت ثيباً فبالقول ، وإن كانت بكراً فبالقول والصمات ، وإنما فرقنا بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم في البكر : « فإذنها صماتها » [٤] فخصها بذلك ، وروي : « الثيب تعرب عن نفسها » [٥] ، ولأن أصل الإذن أنه لا يثبت إلا بالقول ، وإنما خصت البكر بالصمات للخبر ، ولأن الحياء يغلب عليها ولئلا تنسب متى [٦] تسرعت إلى أن تقول: نعم قد رضيت أو

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) في (م) : أحوالها .

(٣) انظر : المدونة : ٢/١٤١ - ١٤٢ ، التفريع : ٢/ ٣٤ ، الرسالة ص ١٩٦ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٩) .

(٥) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : استئمار البكر والثيب (١/ ٦٠٢) ، رجال إسناده ثقات إلا أنه منقطع ، ومعناه في مسلم في النكاح ، باب : استئذان الثيب في النكاح: ٢/ ١٠٣٦ .

(٦) في (م) : إذا ما .

قد رضيت أو قد أذنت أو لما أشبه ذلك إلى شدة الميل إلى الرجال وغلبة الشهوة عليها ، فيكون ذلك مزهداً فيها ، والثيب قد زال هذا الاعتبار عنها ببروز وجهها ومعرفتها ما يراد فيها ، فإذا ثبت هذا فينبغي أن تعلم البِكر إذا صمتت بأن ذلك يحمل على أنه إذن منها احتياطاً واستظهاراً لجواز أن تظن أنه لا يحمل منها على ذلك ، وليس بشرط في صحة الإذن .

* * *

باب : [اشتراط الولي في عقد النكاح]

الولي [١] شرط في صحة [٢] عقد النكاح ، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه [٣] خلافاً لأبي حنيفة [٤] لقوله تعالى : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ [٥] ، وفي جواز ذلك لهن انتفاء العضل لزوال الحاجة إلى الأولياء ، ولأن هذه الآية نزلت في شأن معقل بن يسار [٦] لما عضل أخته فنُهِيَ عن ذلك [٧] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولي » [٨] ، وقوله : « لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها » [٩]، ولأنها ناقصة

---

(١) الولي : وهو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام (حدود ابن عرفة ، الفواكه الدواني : ٢/ ٣) .

(٢) صحة : سقطت من (م) .

(٣) انظر : الموطأ : ٢/ ٥٢٥ ، المدونة : ٢/ ١٤٠ - ١٤٤ ، التفريع : ٢/ ٣١ - ٣٢ ، الرسالة ص ١٩٦ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٨.

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٢ .

(٦) **معقل بن يسار** : المزني ، صحابي ، ممن بايع تحت الشجرة ، كنيته أبو عليّ على المشهور ، مات بعد الستين (تقريب التهذيب : ٥٤٠) .

(٧) أخرجه البخاري في التفسير ، باب : ﴿ إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ﴾ : ٥/ ١٦٠ .

(٨) أخرجه ابن ماجه في النكاح لا نكاح إلا بولي : ١/ ٦٠٥ ، والدارقطني : ٢/ ٥٦٨، والبيهقي : ٧/ ١٢٥ ، وابن حبان وصحّحه ابن حزم وهو قوي بشواهده (انظر نصب الراية : / ١٨٢٣) .

(٩) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : لا نكاح إلا بولي : ١/ ٦٠٦ ، والدارقطني: ٣/ ٢٢٧ ، والبيهقي : ٧/ ١١٠ ، وفي إسناده جميل بن الحسين العتقي متكلم فيه .

بالأنوثية كالأمة ، ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد كالعقد على الصغيرة ، ولأن الولي شرط في النكاح وحياطة للفروج [١] ، لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح ميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير كفؤ فتلحق عاراً بأوليائها.

فصــل [١ - تزويج المرأة نفسها] :

إذا ثبت ذلك فإن زوجت امرأة نفسها أو غيرها ، فالنكاح فاسد لا يصح بوجه ويفسخ قبل الدخول وبعده [٢] ، لأن منع ذلك لحق [٣] الله تعالى وفي كيفية فسخه [٤] روايتان [٥] :

إحداهما بطلاق (لأنه نكاح مختلف فيه ، فاحتيط بأن يكون فسخه طلاقاً ، والأخرى أنه فسخ بغير طلاق) [٦] ، ولأن المقام عليه لو أراده غير مسوغ لهما ، فإن أدرك قبل الدخول وفسخ فلا مهر لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم يجب به المهر ، وإن لم يعلم إلا بعد الدخول لزم به المهر للاستمتاع ، فإن كان قد سمى فالمسمى أولى من صداق المثل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٧] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « أدوا العلائق قيل : وما العلائق؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون » [٨] ، وروي : « فإن نكحت فلها

---

(١) في (م) : على الزواج .

(٢) انظر : المدونة : ٢/١٤٦ - ١٤٨ ، التفريع : ٢/٣٢ ، الكافي ص ٢٣٤ .

(٣) في (م) : بحول .

(٤) في (م) : وفي كيفية ذلك .

(٥) انظر : المدونة : ٢/١٤٦ - ١٤٨ ، والتفريع : ٢/٣٢ ، الكافي ص ٢٣٤ .

(٦) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٦ ، ومذهب أبي حنيفة أنه إن سمى وجب المهر الذي سماه لأنه لا يرى الفسخ في هذه الحالة ، مختصر المزني ص ١٦٦ .

(٨) أخرجه الدارقطني : ٣/٢٤٤ ، والبيهقي : ٧/٢٣٩ ، والطبراني وهو معلول (انظر نصب الراية : ٣/٢٠٠) .

مهرها المسمى »[1] ، ولأن المقصد من النكاح المواصلة والمكارمة دون المتاجرة والمغابنة بخلاف البيوع ، فإن لم يكن هناك مهر مسمى فصداق المثل ، وحكمه في وجوب العدة ولحوق النسب وتحريم المصاهرة حكم النكاح الصحيح ، وفي التوارث قبل الفسخ خلاف مبني على ما قدمناه .

فصل [٢ - أقسام الولاية] :

إذا ثبت ما ذكرناه من حاجة النكاح إلى ولي ، فالولاية على ضربين[2] : ولاية عامة ، وولاية خاصة ، فالعامة ولاية الدين والأصل في ثبوتها قوله تعالى: ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾[3] ، وقوله : ﴿ لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ﴾[4] ، وأما الخاصة فضربان : ولاية بالنسب ، وولاية بالحكم ، والولاية بالنسب مقدمة على الولاية بالحكم فإن استخلفت المرأة أجنبياً فزوجها مع القدرة على إحدى الولايتين ففيهما روايتان :

إحداهما[5] : أن ذلك غير جائز ، والأخرى أنه ماضي إذا تزوجت كفؤاً .

فوجه الأولى : قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »[6] ، فجعل الولاية عند عدم العصبة مقصورة على السلطان ، فانتفى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده ، ولأن في إجازته ذريعة إلى

---

(١) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : في النكاح إلا بولي : ٦٠٥/١ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي : ٤٠٧/٣ ، وقال : حديث حسن .

(٢) انظر : التفريع : ٣١/٢ ، الكافي ص ٢٣٠ - ٢٣١ ، المقدمات : ٤٧٢/١ - ٤٧٣ .

(٣) سورة التوبة ، الآية : ٧١ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٥١ .

(٥) انظر : المدونة : ١٤٣/٢ - ١٤٤ ، التفريع : ٣١/٢ ، الرسالة ص ١٩٦ ، الكافي ص ٢٣٣ .

(٦) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : في الولي : ٥٦٦/٢ ، وابن ماجه في النكاح، باب : لا نكاح إلا بولي : ٦٠٥/١ ، والترمذي في النكاح والباب نفسه : ٤٠٧/٣ ، والحاكم : ١٦٨/٢ ، وصحّحه .

الإفتيات على الأولياء وإسقاط حقهم من الولاية ، وأن لا تشاء امرأة أن تعقد على نفسها مع امتناع وليها إلا وجدت سبيلاً إلى ذلك ، فوجب فسخ ما هذا سبيله حياطة للفروج وحفظاً لحقوق الأولياء وحسماً لباب الذريعة .

ووجه الثانية : أن الولاية الخاصة لا تسقط العامة جملة ، وإنما لها مزية عليها في التقديم ، فإذا حصل العقد بالولاية العامة على وجه لو عقده الولي الخاص لم يزد عليه لم يكن في فسخه فائدة اعتباراً بتقديم بعض العصبة على بعض هذا إذا كان لها ولي مناسب ، وكانت دنية كالمعتقة والمسلمانية [1] ، والتي لا عصبة لها ، وكان كل أحد كفؤاً لها ، فالخلاف أيضاً ثابت على ما قدمناه إلا أن الأظهر أن النكاح جائز لأنه ليس في ذلك إفتيات على ولي خاص ولا إسقاط لولاية عصبة .

فصـل [٣ - الولاية بالنسب] :

وأما الولاية بالنسب فهي للعصبة وللمولي [2] ، لأنه أيضاً عصبة وللوصي إذا أوصى إليه الأب دون غيره من العصبات ، وذووا الأرحام الذين لا تعصيب فيهم لا ولاية لهم كالأخوة للأم والجد أبي الأم والخال ، ومن كان في معناهم لأنه لا ولاية لهم في القِصاص ولا لهم عصبة في الميراث ، فكذلك في النكاح ، والولاية بالنسب مرتبة [3] على قوة العصبات ، فكل من قوي تعصيبه كان أولى به وأولى العصبة بالإنكاح الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ للأب ثم الجد ثم العم ثم ابن العم ، فإذا لم يكن عصبة بنسب فالمولى من فوق .

---

(١) المسلمانية التي لا يرغب فيها من حسب ولا مال ولا جمال (مواهب الجليل : ٤٣١/٣) .

(٢) في جملة الأحكام الولاية بالنسب انظر : المدونة : ١٤٣/٢ - ١٤٥ ، التفريع : ٣/١ - ٣٣ ، الرسالة ص ١٩٦ ، الكافي ص ٢٣١ - ٢٣٣ .

(٣) في (م) : مترتبة .

فصــل [٤ - دليل ملك ولاية التزويج بالبنوة] :

وإنما قلنا : : البنوة يملك بها ولاية التزويج خلافاً للشافعي (١) لقوله صلى الله عليه سلم لعمر بن أبي سلمة (٢) : « قم فزوج أمك » (٣) ، ولأن الولاية بالنسب مفتقرة إلى تعصيب ولا تعصيب أقوى من تعصيب الابن بدليل تقديمه في الولاء ، وأن العصبة يسقطون معه في الميراث أو يصيرون كذوي الأرحام فثبت أن له ولاية في التزويج ، ولأن البنوة (٤) توجب ثبوت الولاية أصله إذا كان أبوه ابن عمها ، ولأن كل ذكر كان عصبة في الميراث كان عصبة في عقد النكاح أصله [ ](*) ، ولأن كل حكم ثبت للابن من عمها ثبت للابن الذي ليس أبوه ابن عمها أصله الميراث .

فصــل [٥ - في أولوية الابن من الأب في ولاية النكاح] :

وإنما قلنا : إنه أولى من الأب لأن تعصيبه أقوى على ما بيناه ، وإنما أثبتنا أن ابن الابن ولياً (٥) لأن معنى الابن موجود فيه وهو التعصب بالولادة ، ولأنه قائم مقام الابن في جميع الأحكام .

فصــل [٦ - دليل ولاية الأب وتقديم الأخوة على الجد] :

وإنما قلنا : إن الأب ولي للإجماع على ذلك (٦) ، ولقوله صلى الله عليه

---

(١) انظر : مختصر المزني ص ١٦٥ ، الإقناع ص ١٣٤ .

(٢) **عمر بن أبي سلمة** : بن عبد الأسد المخزومي ، ربيب النبي ﷺ ، صحابي صغير، أمَّره عليّ على البحرين ، مات سنة ثلاث وثمانين على الصحيح (تقريب التهذيب ص ٤١٣) .

(٣) أخرجه النسائي في النكاح ، باب : إنكاح الابن أمه : ٦/٦٦ ، وأحمد : ٦/٢٩٥ والحاكم وقال : صحيح الإسناد ، والبيهقي : ٧/١٣١ .

(٤) في (م) : البكورة .

(٥) ولياً : سقطت من (م) .

(٦) انظر : الإجماع ص ٩١ ، المغني : ٦/٤٥٦ .

(*) كذا بياض

وسلم : « تستأمر اليتيمة في نفسها » [1] ، فدل أن غيرها لا يحتاج الأب إلى استئمارها [2] ، وولاية الإجبار أقوى من غيرها ، ولأنه ولي المال والنظر في أمرها ، فكذلك النكاح ، وإنما قلنا : إن الأخوة وبنيهم مقدمون على الجد في ولاية النكاح بخلاف الميراث خلافاً للشافعي [3] ، لأن تعصيبهم أقوى لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدلي بالأبوة لأن الأخ يقول : أنا ابن أبيها ، والجد يقول : أنا أبو أبيها ، وقد بينا أن تعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة .

وإنما قلنا : إن الأخ الشقيق مقدم على الأخ للأب لأنه يجمع تعصيباً وقرباً ، فكان أولى منه كالميراث ، وإنما قلنا : إن الولاء يملك به ولاية النكاح لأنه يفيد التعصيب ، ولأنه ملحق بالنسب ومشبه به ، ولأن تعصيبه يورث به فكذلك يُملك به ولاية النكاح .

فصل [٧ - عند التشاجر يكون الأول مقدماً] :

وهذا إذا تشاحوا [4] فيكون الأول مقدماً على غيره ، وإذا لم يتشاحوا [5] ، فمن عقد منهم جاز مع وجوب الآخر في غير البكر مع الأب والوصي خلافاً للشافعي في قوله : أنه لا ولاية للعصبة الذي هو أبعد مع الأقرب [6] ، لأنه عصبة لا يملك الإجبار ، فجاز أن يعقد عليها بإذنها كالأقرب ، ولأن تأثير الأقرب تقديمه لا إسقاطه .

فصل [٨ - في ولاية الوصي] :

وإنما أثبتنا الوصي [7] ولياً في عقد النكاح إذا كان من جهة الأب خلافاً لأبي

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٩) .
(٢) في (م) : استئذانها .
(٣) انظر : مختصر المزني ص ١٦٥ ، الإقناع ص ١٣٤ .
(٤) في (م) : تشاجروا .
(٥) في (م : يتشاجروا .
(٦) الأم : انظر : مختصر المزني ص ١٦٥ ، الإقناع ص ١٣٥ .
(٧) في (ق) : الموصى ، وفي (ر) : وإنما شرطنا الوصي .

حنيفة والشافعي [1] ، لحديث قدامة بن مظعون لما زوج ابنة أخيه فقال : أنا عمها ووصي أبيها ، فلم ينكر صلى الله عليه وسلم ذلك عليه [2] ، ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب على الصغيرة حال حياته ، فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته كولاية المال .

فصـل [٩ - الوصي يزوج البكر البالغ] :

إذا ثبت أن الوصي يكون ولياً فإنه يزوج البكر البالغ بإذنها لأن أحداً لا يقوم مقام الأب في الإجبار ، وليس للأب أن يجعل للوصي [3] الإجبار ، ولأن الأب إنما ملك ذلك لمعنى يرجع إليه لا يوجد في غيره ، فإن كانت البكر صغيرة انتظر بلوغها ثم استأذنها إلا أن يكون الأب عيَّن له من يعقد عليها ، فله أن يعقد عليها حال صغرها لأن ذلك الإجبار من الأب لأنه من اجتهاده والوصي كالوكيل .

فصـل [١٠ - في العقد على الصغير] :

لا خلاف أن للأب أن يعقد على ابنه الصغير ، وكذلك للولي عندنا غير الأب من وصي أو حاكم ولا خيار له إن بلغ إلا أن يطلق ابتداء ويلزمه نصف الصداق المسمى إن لم يكن دخل بعد البلوغ [4] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن للصبي الخيار إذا بلغ [5] ، وللشافعي في قوله : ليس للولي إنكاحه صغيراً [6] ودليلنا على جوازه أنه عقد معاوضة رآه الولي حظاً ، فجاز له فعله كالبيع والشراء ولأنه عقد معاوضة يجوز أن يليه الصغير بنفسه إذا بلغ [7] ، فكان للولي

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٣ ، مختصر المزني ص ١٦٥ .
(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٢٣) . (٣) في (ق) : للموصي .
(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٤٩ - ١٥٠ ، التفريع : ٢/ ٣٠ -٣١ ، الكافي ص ٢٣٥ .
(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٠ .
(٦) انظر مختصر المزني ص ١٦٥ - ١٦٦ ، المهذب : ٢/ ٤٠ .
(٧) إذا بلغ : سقطت من (م) .

أن يعقده بحق النظر كالإجارة ، ولأنه يلي على ماله فجاز أن يجبره على النكاح كالأب ولا يلزم على الشيء مما ذكرناه الصغيرة لأنها لا تجبر باجتهاد غير الأب ، ودليلنا على أنه لا خيار له أنه نكاح عقده من يلي النظر في ماله كعقد الأب واعتباراً بالبيع والإجارة .

فصل [١١ - في إجبار البالغ المولى عليه] :

وفي إجبار المولى عليه (١) خلاف (٢) ، فعند عبد الملك بن الماجشون ليس للولي إجباره ، وعند ابن حبيب له ذلك :

وجه نفي الإجبار أن إنكاح الغلام طريقه الملاذ ، فلم يكن له إجباره عليه كسائر الملاذ والشهوات ، ولأن النكاح لا مصلحة له فيه من طريق المال لأنه يوجب عليه مهراً ونفقة ، وإنما المصلحة فيه من طريق الحاجة إليه ، فإذا لم يحتج إليه لم يكن للولي إجباره عليه .

ووجه إثباته اعتباره بالصغير ، ولأنه عقد معاوضة كالبيع والشراء ، ولأن الولاية تثبت عليه لنقصه عن معرفة حظه ومصالحه وذلك لا يخص (٣) بعض مصالحه دون بعض ولو اعتبرنا رضاه لم تؤثر الولاية فيه شيئاً .

فصل [١٢ - صداق زواج الابن الصغير] :

إذا زوج الأب ابنه الصغير فإن سمى الأب الصداق عليه لزمه وكان ديناً عليه للمرأة ، وإن أطلق ولم يسم على من الصداق (٤) نظر ، فإن كان للصبي مال فالصداق عليه (٥) ، لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المعوض عنه ، كما لو اشترى ثوباً أو عقاراً ، وإن لم يكن له مال فالصداق

---

(١) المولى عليه : وهو السفيه المبذر لماله (التفريع : ٥٦/٢) .

(٢) انظر : التفريع : ٥٦/٢ ، الكافي ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٣) في (م) : يختص .

(٤) على من الصداق : سقطت من (م) .

(٥) انظر : المدونة : ١٤٩/٢ - ١٥٠ ، التفريع : ٣١/٢ ، الكافي ص ٢٣٥ - ٢٣٦

على الأب لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن ديناً لا يحتاج إليه ، لأن الصبي لا يحتاج إلى التزويج ، وإنما يجوز [1] ذلك للأب إذا رأى ذلك حظاً ونظراً ، وهذا بالعاجل إلزام ذمته ديناً لا يقدر على أدائه في الحال ولا يدري أييسر من بعد أم يبقى على الأعسار [2] فيكون الصداق على الأب ، وإن أيسر الابن من بعد لم ينتقل الوجوب إليه لأنه قد استقر على الأب ، فإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله بالمرأة ، وقالت المرأة : لا أسلم نفسي إلا بعد قبض الصداق ، قيل للابن : إن أردت فأدِّ الصداق وإلا فطلق ولا يلزمك شيء [3] .

* * *

(١) في (م) : جوز .

(٢) في (م) : على إعساره .

(٣) شيء : سقطت من (م) .

باب : [خلع الأب على ولده الصغير]

خلع الأب على ولده الصغير جائز عليه ذكراً كان أو أنثى [1] خلافاً لأبي حنيفة في منعه ذلك في الموضعين [2] ، وللشافعي في إجازته ذلك في الذكر ومنعه في الأنثى [3] ، فدليلنا أن الأب لما كان هو الناظر للابن والقائم بمصالحه وجاز أن تكون المصلحة في أن يطلق عليه بمال يأخذه له جاز ذلك له ، ولأنه إخراج ملك عنه بعوض ، فجاز إذا رآه حظاً كالبيع ، واعتباراً بالصغير مع الشافعي ، ودليلنا على جوازه في الصغيرة أن أبا حنيفة يوافقنا في أن له أن يعقد عليها بأقل من مهر مثلها إذا رأى ذلك حظاً ، ولا فرق بين ذلك وبين مسألتنا لأنه قد يكون الحظ لها في الفراق والأب غير متهم عليها .

فصل [١ - إنكاح الأب البكر بأقل من صداق مثلها] :

يجوز للأب إنكاح البكر بأقل من صداق مثلها إذا رآه حظاً [4] خلافاً للشافعي[5] لأن المقصد من النكاح الألفة [6] والمواصلة دون المغابنة والمتاجرة والأب غير متهم عليها ، فقد يرى من الحظ إنكاحها بأقل من مهر المثل لأنه يضعها مع من يحسن عشرتها ويعود عليها معه من النفع أضعاف ما ترك من تمام المهر ، ولأنه قد ثبت من أصلنا أن للأب أن يعفو عن نصف صداق البكر إذا

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٣٩ ، التفريع : ٢/ ٣٠ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير : ٤/ ١٣٧ ، حاشية ابن عابدين : ٣/ ٤٥٨ .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ١٦٥ .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٤٢ - ١٤٣ ، التفريع : ٢/ ٥١ ، الرسالة ص ١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي ص ٢٥٤ .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ١٨٣ .

(٦) في (م) : العفة .

طلقت قبل الدخول لأنه قد يرى ذلك حظاً ، فكذلك في مسألتنا إذا طلقت البكر قبل الدخول فللأب العفو عن نصف الصداق الواجب لها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(١)] ، لقوله تعالى : ﴿ أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح ﴾ [(٢)] ، وهذه كناية الغائب وافتتاح الخطاب للمواجه [(٣)] ، فدل على أنه أراد غير الأزواج المواجهين ، وليس إلا الأب ، ولأن في حملها على الزوج تكراراً لأنه قد ذكر عفوه لقوله : ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ [(٤)] ، ولا وجه لذلك مع إمكان حملها على استئناف فائدة ، ولأن قوله : ﴿ الذي بيده عقدة النكاح ﴾ [(٥)] يفيد أن تكون بيده في الحال التي يعفوا فيها عقدته [(٦)] ولا يصلح حمله على الزوج إلا أن يضمر فيه الذي كان بيده وحمله على الأب غير محتاج إلى إضمار [(٧)] ، ولأنه تعالى قصد بيان العفو من كلا الطرفين من جهة النساء ، ومن جهة الأزواج ومفصلاً من جهة النساء فأضاف العفو إلى من يلي نفسه منهن وهي الثيب ، وإلى من يلي الأبكار وهو الآباء ، ولأنهن أحد نوعي الزوجات ، فتعلق الندب إلى العفو بجهتهن كالثيب ، ولأنه ولي يملك الإجبار ، فجاز له العفو عن صداقها أصله السيد في أمته .

فصـل [٢ - في تزوج الولي وليته من نفسه] :

يجوز للولي أن يزوج وليته من نفسه [(٨)] خلافاً للشافعي [(٩)] لقوله صلى الله

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٤ مختصر المزني ص ١٨٣ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٧ .

(٣) في (م) : للمواجهة .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٧ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٧ .

(٦) في (ق) : عقده .

(٧) في (م) : الإضمار .

(٨) انظر : المدونة : ١٤٨/٢ - ١٤٩ ، التفريع : ٣٢/٢ ، الكافي ص ٢٣٤ .

(٩) انظر : مختصر المزني ص ١٦٤ - ١٦٥ ، المهذب : ٣٨/٢ .

عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولي » [1] فعم ، ولأنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها [2] ، ولأنه ولي كالإمام الأعلى ، ولأنه عقد على امرأة يجوز للعاقد عليها تزويجها فأشبه عقده عليها كالأجنبي أو إذا عقد عليها الحاكم .

فصــل [٣ - لا فرق أن تكون الولاية بنسب أو وصية أو ولاية حكم] :

ولا فرق بين أن تكون ولايته عليها بنسب [3] أو وصية أو ولاء حكم (لأن كل هذا يثبت له به الولاء وينبغي له أن يشهد لها على رضاها احتياطاً) [4] ، خيفة إنكارها لا أن ذلك شرطاً في صحة العقد ، فإن لم يشهد واعترفت فالنكاح ثابت .

فصــل [٤ - المرأة تأذن لأوليائها تزويجها من عينته أو ممن شاؤوا] :

وللمرأة أن تأذن لجماعة أوليائها أن يزوجوها من واحد بعينه أو ممن شاؤوا [5] من يؤديهم الاجتهاد إليه أو من واحد غير معين من جملة جماعة بأعيانهم ، ولكل واحد أن ينكح على انفراده من غير انتظار للآخر ، فإن زوجها أحدهم [6] ثم علم الباقون ولم يكن فيهم من عقد لها على زوج فهي زوج [7] لمن زوجها الولي ، وليس للباقين أن يعقدوا وإن لم يعلم الباقون حتى عقده واحد منهم نظر : فإن عرف أنه قد عقد عليها اثنان أو ثلاثة قبل الدخول بها نظر أيها سبق [8] ،

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٢٧) .

(٢) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : من جعل عتق الأمة صداقها : ٦/ ١٢١ ، ومسلم في النكاح ، باب : فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها : ٢/ ١٥٤ .

(٣) في (م) : بسبب .

(٤) ما بين قوسين سقط من (م) ، ومن (ر) .

(٥) انظر : المدونة : ٢/ ١٤٣ - ١٤٥ ، التفريع : ٢/ ٣٥ ، الرسالة ص ١٩٧ ، الكافي ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٦) في (م) : واحد .

(٧) في (م) : زوجة .

(٨) في (م) : الأسبق .

فإن عرف كان هو الزوج وبطل عقود الباقين ، فإن أشكل ذلك فسخت العقود كلها وعقد لها عقد مستأنف على من شاءت منهم أو من غيرهم ، وإن لم يعلم ذلك حتي دخل بها واحدا منهم ثبت العقد له وبطلت عقود الباقين كان الأول أو الآخر ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إنها تكون للأول دخل الثاني أو لم يدخل بها [(١)] ، لأنه إجماع الصحابة ، وروي ذلك عن عمر والحسن بن عليّ ومعاوية [(٢)] ، وقيل : إنه مروي عن عليّ [(٣)] رضوان الله عليهم ، ولا مخالف لهم ، ولأن المرأة لما كانت مضطرة إلى إذن أوليائها في العقد عليها من حيث كانت لا يجوز لها أن تلي العقد على نفسها وثبت أنه لا يلزم أحدهم التوقف [(٤)] عن العقد حتى ينظر هل عقد غيره أم لا ؟ فكل واحد يعقد على من لا يتحقق أنه لا زوج لها بالشك في ذلك ، ويجوز أن يكون لها زوج ، وكذلك المتزوج يقدم على من يجوز أن تكون زوجة لغيره مع وجود زوجة لغيره مع وجود الإمارة المؤذنة بذلك وهو الإذن للولي الآخر في النكاح وإمكان أن يكون قد سبق منه عقد لغيره ، والأصول مبنية على منع العقد على من يشك في أن لها زوجاً مع وجود الإمارة المجوزة لذلك ، فلولا أن هذا النكاح يثبت له حكم وإلا لم يجز أن يباح للولي إيقاعه ولا للمتزوج استباحته ألا ترى أن نكاح المعتدة والمحرمة لما لم يكن له وجه يثبت معه لم يجز الإقدام عليه ، وإذا ثبت ذلك لم يبق إلا ترجيحه بالوطء لأن أحداً لم يرجحه بغيره .

فصل [٥ - في ولاية الفاسق] :

تكره ولاية الفاسق إذا وجد ولي عدل فإن عقد جاز [(٥)] خلافاً للشافعي [(٦)]

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٤ ، الأم : ٥/١٦ - ١٧ .

(٢) انظر : عبد الرزاق : ٦/٢٣٣ ، والبيهقي : ٧/١٤١ .

(٣) أخرجه البيهقي : ٧/١٤١ .

(٤) في (م) : التوقيف .

(٥) انظر : التفريع : ٢/٣٢ - ٣٣ .

(٦) انظر : الأم : ٥/١٢ - ١٤ ، الإقناع ص ١٣٤ .

لأن الغرض من الولي الحظ للمزوجة (١) ، وإيقاعها مع كفؤ والفاسق لا ينافي ذلك بل ربما أثر في زيادة الاحتياط والأنفة من العار ، ولأنه عصبة حر مسلم يصح أن يعقد على نفسه ، فجاز أن يعقد على وليته كالعدل .

فصل [٦ - في منع كون المسلم ولياً للنصرانية] :

لا يكون المسلم ولياً للنصرانية (٢) لقوله عزَّ وجَلَّ : ﴿ بعضهم أولياء بعض﴾(٣) ، ولأن الكفر نقص أبلغ من الرق لأن نقص الرق أصله الكفر ، وإذا ثبت ذلك ولم تكن للعبد ولاية نكاح كان الكافر بذلك أولى ، وللسيد المسلم أن يعقد على أمته الكافرة بالرق لا بالولاية كما يعقد عليها عقد الإجارة .

فصل [٧ - في كون الرق ينافي ولاية النكاح] :

الرق ينافي ولاية النكاح (٤) لأن العبد ناقص نقصاً أوجبه الكفر على ما بيناه ، ولأن كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلد الحكم منع ولاية عقد النكاح الأنوثية ، ولا يكون العبد ولياً على ابنته ولا غيرها ، وحكم المكاتب والمدبر والمعتق بعضه أو إلى أجل حكم العبد القن في ذلك .

فصل [٨ - العبد لا يتزوج إلا بإذن سيده] :

وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده وكذلك الأمة (٥) لقوله صلى الله عليه وسلم: « أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر » (٦) ، وهذا أبلغ شيء في

---

(١) في (م) : للمتزوجة .

(٢) انظر : التفريع : ٣٧/٢ ، الكافي ص ٢٣٢ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٥١ .

(٤) انظر : المدونة : ١٤٥/٢ ، ١٤٨ ، التفريع : ٣٥/٢ .

(٥) انظر : المدونة : ١٤٥/٢ ، ١٥٣ ، التفريع : ٣٦/٢ ، الرسالة ص ١٩٩ - ٢٠٠ الكافي ص ٢٤٥ .

(٦) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : في نكاح العبد بغير إذن سيده : ٥٦٢/٢ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده : ٤١٩/٣ ، والحاكم: ١٩٤/٢ ، وقال : صحيح الإسناد .

الحظر ، ولأن تصرفهما مملوك عليهما للسيد ، فلم يكن لهما إتلافه عليه ، ولأن الأمة إذا كانت ممن يجوز للسيد وطئها فوطؤها حق له فليس لها منعه منه .

فصـل [٩ - في إجبار السيد العبد والأمة على الزواج] :

وللسيد أن يجبرهما على عقد النكاح خلافاً للشافعي [(١)] في العبد لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ [(٢)] ، ولم يشترط رضاهم ، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة ، ونقيس العبد على الأمة بعلة ثبوت الرق .

فصـل [١٠ - في عدم إجبار السيد على إنكاح عبده] :

ولا يجبر السيد على إنكاح العبد إذا طلب ذلك خلافاً للشافعي [(٣)] ، لأنه مملوك كالأمة ، ولأن المقصد منه اللذة كاللباس والطيب ، ولأنه عيب فيه كالأمة.

فصـل [١١ - في إذن السيد بزواج العبد والأمة] :

إذا ثبت أنه لا يجوز لعبد ولا أمة أن يتزوجا بغير إذن سيدهما ، فإن أذن سيدهما جاز لأنه مختار لترك حقه ، فللعبد أن يلي نكاح نفسه لأنه من أهل العقود ، وإذا وكل من يزوج الأمة جاز لأنها ليست من أهل العقد على نفسها لنقصها بالأنوثية كالحرة ، بل الأمة أولى لأنها ناقصة بالأنوثية والرق [(٤)] .

فصـل [١٢ - حكم العبد يتزوج بغير إذن سيده] :

فإن تزوجا بغير إذن السيد : فأما العبد فالأمر فيه للسيد ، فإن أجاز نكاحه جاز وإن رده انفسخ ، وقال أبو الفرج [(٥)] : القياس لا يصح بوجه وهو قول

---

(١) انظر : الأم : ٤١/٥ ، الإقناع ص ١٣٦ .

(٢) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

(٣) انظر : الأم : ٤١/٥ ، الإقناع ص ١٣٦ .

(٤) انظر : المدونة : ١٦١/٢ - ١٦٢ ، التفريع : ٣٥/٢ ، ٤٥ ، الرسالة ص ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٥) أبو الفرج : عمرو بن محمد بن عمرو الليثي البغدادي، كان إماماً في اللغة والفقه=

الشافعي [1] ، ودليلنا أن العقد لا يمتنع وقوفه على الفسخ ، وإنما يمتنع وقوفه على الإجازة كنكاح العنين والخصي [2] والحرة والعبد وغير ذلك ، فكذلك نكاح العبد.

فإذا ثبت ذلك ، فإن أجازه السيد جاز لأنه قطع حقه من الفسخ ، وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجارة ، فإن كلم السيد فيه فقال : لا أجيزه ، ثم قال : من بعد قد أجزته : فإنه على وجهين إن أراد بقوله أولاً لا أجيزه ، وإني قد فسخته فقد بطل ولا يلتفت إلى قوله من بعد قد أجزته لأن ما تقدم بطلانه لا يصح ، وإن كان قوله من بعد [3] لا أجيزه على طريق الإنكار والإرهاب ، وقصد التروية والفكر كأنه يجيب بذلك من سأله أن يجيزه ثم قال من بعد قد أجزته ، فإنه يصح ، فإذا ثبت ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء للزوجة لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم تستحق فيه بدلاً ، وإن كان قد دخل بها ترك لها من الصداق ربع دينار لأن الاستمتاع لا يعري من بدل وأقله ما يكون مهراً وترجع السيد بما فيه لأنه حق له ولا حجة لها لأنها هي التي اتلفت بضعها ، والعقد على من تصرفه مملوك عليه ، فإن كانت موسرة أخذ منها ، وإن كانت معسرة كان في ذمتها ، وتتبع هي العبد إذا عتق به لأنه غرها ، وإن كان بين لها فلا اتباع لها ، وكذلك إن فسخه عند سيده أو سلطان ، وفسخه إن فسخ بطلاق لأنه ليس بغالب إذا لو أجازه السيد لجاز المقام عليه ، وإذا جاز عقده فليس له فسخه بعد إجازته ولا أن يطلق عليه لأن صحته قد ثبتت والطلاق إلى من يملك منافع البضع ، وله إن طلق أن يرتجع وإن كره السيد لأن الرجعة من

= له كتاب « الحاوي » في مذهب مالك و« اللمع » في أصول الفقه ، (ت ٣٣١ هـ) (الديباج : ١٢٧/٢ ، شجرة النور : ٧٩/١) .

(١) انظر : الأم : ٤٣/٥ - ٤٤ ، مختصر المزني ص ١٦٨ .

(٢) العنين : الذي لا يقدر على إتيان النساء ، ولقد سبق ذكره في العنة ، والخصي : زوال الأنثيين ، (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٦٨) .

(٣) من بعد سقطت من (ق) ومن (ر) .

حقوق النكاح ، ويستوي في ذلك كله تزويجه بأمة سيده أو بأجنبية ، وإن زوجه من أمته ثم باعها فهما على نكاحهما قبل الدخول أو بعده لأن بقاء ملك السيد عليهما ليس بشرط في بقاء العبد ، وليس للمبتاع أن يفسخ العقد كما لم يكن ذلك للسيد الأول ولكنه عيب إن رضي به ، وإلا رده هذا الكلام في العبد (١) .

فصل [١٣ - في تزوج الأمة بغير إذن سيدها] :

فأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها ، فإنه على وجهين : إن باشرت العقد بنفسها (٢) ، فالنكاح فاسد لا يصح ولا يلتفت إلى إجازة السيد لأن فساده في العقد لحق الله تعالى ، فإن ردت أمرها إلى من يعقد عليها من الرجال ففيها روايتان : إحداهما أنه كعقدها على نفسها لأن غير السيد لا يزوج به السيد لأن السيد يزوج بالملك وغيره يعقد بالولاية ، وذلك لا يوجد مع الملك ، والأخرى أنه يجوز بإجازة السيد ويبطل برده لأن السيد لو أذن لهذا العاقد لجاز العقد كما لو أذن للعبد أن يعقد على نفسه لصح ، فكان وقوعه من غير إذنه موقوفاً على إجازته ورده (٣) .

فصل [١٤ - في عدد ما ينكحه العبد] :

للعبد أن ينكح أربعاً (٤) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٥) ، لقوله تعالى : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ (٦) فعم ، ولأن كل عدد جاز للحر أن

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/١٦١ - ١٦٦ ، التفريع : ٢/٤٥ ، ٥٧، الرسالة ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، الكافي ص ٢٤٥ - ٢٤٨ .

(٢) في (م) : على نفسها .

(٣) انظر : المدونة : ٢/١٦٠ - ١٦٦ ، التفريع : ٢/٤٥ ، ٥٧ ، الرسالة ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، الكافي ص ٢٤٥ - ٢٤٨ .

(٤) انظر : المدونة : ٢/١٦٣ ، الرسالة ص ١٩٩ ، الكافي ص ٢٤٥ .

(٥) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/٢٣ ، الأم : ٥/٤١ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٣ .

يجمع بينه جاز للعبد كالاثنتين ، ولأن من جاز له أن ينكح جاز أن ينكح أربعاً كالحر ، ولأن النكاح طريقة الملاذ والشهوات ، فكان العبد مساوياً فيه للحر كالأكل واللباس والطيب .

* * *

باب : [الإشهاد على عقد النكاح]

يصح عقد النكاح من غير إشهاد [1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [2] ، لأنه عقد من العقود فأشبه سائرها ، ولأنه معنى يقصد به التوثق ، فلم يكن شرطاً في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة ، ولأن كل من لم يحتج إلى حضوره في إيجاب أو قبول لم يكن حضوره شرطاً في عقد النكاح أصله الزوجة .

فصل [١ - في أن الشهادة شرط في الكمال] :

إذا ثبت أنه ليس بشرط في الصحة ، فإنه شرط في الكمال والفضيلة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [3] ، وقد ثبت أنه لم يرد بذلك الصحة فلم يبق إلا نفي الكمال والفضيلة ، ولأن الإعلان والإشهاد مستحبان في عقد النكاح فالإشهاد أولى ، ولأن ذلك إجماع الصحابة [4] أعني أن للشهادة تأثيراً فيه .

فصل [٢ - في إعلان النكاح] :

يستحب الإعلان في النكاح والإشادة به ونشره [5] لقوله صلى الله عليه وسلم: « أعلنوا بالنكاح واضربوا عليه بالغربال » [6] ، وروي : « أظهروا

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٥٨ ، المقدمات : ١/٤٧٩ ، الرسالة ص ١٩٦ ، الكافي ص ٢٢٩ ، وعندهم أن الإشهاد يجب عند الدخول .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٢ ، الأم : ٥/٢٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٧٢٧ .

(٤) انظر : الموطأ : ٢/٢٣٥ .

(٥) انظر : المدونة : ٢/١٥٨ - ١٥٩ ، التفريع : ٢/٣٣ - ٣٤ ، الكافي ص ٢٢٩ .

(٦) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : إعلان النكاح : ١/٦١١ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في إعلان النكاح : ٣/٣٩٩ ، وقال : حسن غريب .

النكاح » [1] ، ولنهيه عن نكاح السر [2] ، ولأن في إظهاره حفظاً للأنساب واحتياطاً من جحدها لأن الزوج قد ينكر النكاح وتكون المرأة حاملاً ، فلا يكون لها سبيل إلى إثباته فيؤدي إلى إضاعة النسب ، فإذا كان هناك إشهاد وإعلان لم يمكنه ذلك .

فصل [٣ - التواصي بكتمان النكاح] :

وإذا تواصى بكتمان النكاح بطل العقد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال » [4] ، والتواصي بكتمانه ضد لذلك ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح السر [5] ، ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا ، ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب .

فصل [٤ - إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ] :

إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ فليس لوليها الامتناع [6] ، لقوله تعالى: ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ [7] ، ولأن ذلك حق للنساء على الأولياء ، كما أن منعهن من غير الكفاءة حق عليهن للأولياء ، فإذا لم يكن ذلك لهن لأجل حق الأولياء فكذلك ليس للأولياء الامتناع من حقوقهن في إجابتهن إلى الأكفاء .

---

(١) رواية : « اظهروا النكاح » أخرجها ابن ماجه - التي سبقت - والبيهقي : ٧/٢٨٨، والحاكم : ٢/١٨٣ ، وقال : صحيح الإسناد .

(٢) أخرجه أحمد : ٤/٧٧ ، قال الهيثمي : في سنده عبد الله بن ضميرة وهو ضعيف (مجمع الزوائد : ٤/٢٨٨) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧١ - ١٧٢ ، الأم : ٥/٢٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) انظر : المدونة : ٢/١٤١ - ١٤٣، التفريع : ٢/٣٥ ، الرسالة ص ١٩٦ - ١٩٧.

(٧)سورة البقرة ، الآية : ٢٣٢ .

فصل [٥ - امتناع الولي في تزويج المرأة من كفؤ] :

فإن امتنع الولي زوجها الإمام لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » [١] ، فجعلها مع اختلافهم في حكم من لا ولي له للحوق الضرر بها مع امتناعه ، ولأن ذلك حق للولي ما لم يختر إبطاله فإذا اختار تركه انتقلت [٢] الولاية إلى الإمام .

فصل [٦ - الكفاءة] :

والكفاءة المعتبرة هي الدين دون النسب [٣] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٤] في اعتبارهما للنسب ، لقوله تعالى : ﴿ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾ [٥] ، فبين أن المساواة شاملة وأن المفاضلة عند الله هي بالدين والتقوى ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا آتاكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » [٦] ، فاعتبر الدين والأمانة دون النسب ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بذات الدين تربت يداك » [٧] فأخبر عن أغراض النكاح فأمر بذات الدين وجعله العمدة ، وقد علمنا أنه لا يأمرنا بغير الكفاءة .

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً ص ٧٢٩ .

(٢) انتقلت : سقطت من (م) .

(٣) الكفاءة : هي المماثلة والمقاربة (حدود ابن عرفة ص ١٦٣) ، وانظر الرسالة ص ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ص ٢٣٠ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٠ ، الأم : ١٥/٥ .

(٥) سورة الحجرات ، الآية : ١٣ .

(٦) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : الكفاءة : ٦٣٢/١ ، والترمذي ، باب : إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه : ٣٩٥/٣ ، وقال : حسن غريب .

(٧) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : الأكفاء في الدين : ١٢٢/٦ ، ومسلم في الرضاع ، باب : استحباب نكاح ذات الدين : ١٠٨٦/٢ .

فصـل [٧ - إذا رضيت بغير كفؤ وأباه الأولياء] :

فإن رضيت بغير كفؤ وأباه الأولياء لم يكن لها أن تنكح إلا برضاهم [(١)] ، لأن ذلك حق لهم إذا كان وضعها نفسها في غير كفؤ يلحق العار بهم ولهم دفع العار عن أنفسهم ، ولأن أصل الولاية إنما وضعت لهذا المعنى ، وهو أن النساء لشهوتهن النكاح وشدة ميلهن إليه يضعن أنفسهن في الكفؤ وغير الكفؤ ، فمنعهن من تولى العقد بأنفسهن ، وجعل أمرهن إلى الأولياء في الحديث : «إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فانكحوه » [(٢)] ، فدل على أنه لا يلزمهم مع عدمه .

فصـل [٨ - إذا رضيت الزواج بغير كفؤ والأولياء كذلك] :

وإن رضيت هي والأولياء بغير كفؤ جاز [(٣)] خلافاً لمن حكي عنه أنه لا يجوز[(٤)] ، لأن الحق في ذلك لا يخرج عن المرأة والأولياء ، فإذا حصل الرضا بتركه من جميعهم جاز لأن أحداً لا يعترض عليه في ترك حقه ما لم يتعلق بذلك إسقاط حق [(٥)] غيره .

فصـل [٩ - إذا رضيت الزواج بعبد] :

فإن رضيت الزواج بعبد جاز عند ابن القاسم ، ولم يجز عند المغيرة وسحنون[(٦)] ، وهذا هو الصحيح ، لأن الحرية من الكفاءة والعار يدخل على الأولياء بوضع وليتهم نفسها تحت عبد ، فكان لهم منعها .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٤٣ - ١٤٤ ، التفريع : ٢/ ٣٥ ، الكافي ص ٢٣٣ - ٢٣٤.

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) انظر : المدونة : ٢/١٤٧ - ١٤٩ ، التفريع : ٢/ ٣٥ .

(٤) حكي عن الإمام أحمد وسفيان بن عيينة (انظر : المغني : ٦/ ٤٨٠) .

(٥) حق : سقطت من (ق) .

(٦) انظر : الرسالة ص ١٩٩ .

فصل [١٠ - التوكيل في عقد النكاح] :

التوكيل في عقد النكاح جائز [١] ، لأنه عقد معاوضة ، فجاز التوكيل فيه كسائر عقود المعاوضات ، فإن سمي له امرأة بعينها وسمي صداقها جاز كتوكيله إياه على شراء سلعة بعينها بثمن معلوم فيجوز ، وإن أطلق الوكالة جاز إذا زوجه من يشبه أن تكون من نسائه ولا يلزمه من لا تشبه أن تكون من نسائه لأن إطلاق الوكالة يقتضي نساء المثل كما يقتضي في البيع ثمن المثل [٢] .

فصل [١١ - إذن المرأة لوليها بعقد زواجها] :

يجوز للمرأة أن تأذن لوليها في أن يزوجها ، وله أن يخطب عليها ، وإذا حضر كفؤ لها فهل يجوز له أن يزوجها منه قبل إعلامها بعينه أم لا ففيها روايتان[٣] :

إحداهما : أن ذلك له لأن تفويضها إليه رضا باجتهاده ، فقام بذلك مقام التعيين ، والأخرى أن ذلك ليس له لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال ، وإن تساووا في الكفاءة ، وعلى الروايتين معاً ليس له أن يزوجها من نفسه إلا من بعد أن يعلمها فتأذن له لأنه يتهم في تقديم حظه ومحاباة نفسه ، ولأنها لو أرادت ذلك لذكرته له أو أشعرته به بخلاف الغير ، لأن ذلك لا ينحصر فكان إمساكها عنه دلالة على أنها غير راضية به وعمن عداه غير دال على ذلك .

* * *

(١) انظر : المدونة : ٢/١٤٧ ، ١٥٧ ، التفريع : ٢/ ٣٥ .

(٢) في (م) : ثمن المتاع .

(٣) انظر : المدونة : ٢/١٥٧ - ١٥٨ ، التفريع : ٢/ ٣٥ ، الكافي ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

باب : [الصداق] [1]

لا يجوز نكاح بغير صداق [2] لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ﴾ [3] ، وقوله : ﴿ فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ [4] ، وقال صلي الله عليه وسلم للذي خطب المرأة : « هل معك ما تستحلها به » [5] .

فصل [١ - لا حد لأكثر الصداق] :

لا حد لأكثر الصداق إجماعاً [6] ، وأقله محدود عندنا خلافاً للشافعي [7] في قوله : لا حد له ، لأنه عضو محرم تناوله لحق الله تعالى لا يستباح إلا بمال فوجب أن يكون ذلك المال مقدراً [8] أصله قطع اليد في السرقة ، ولأن المهر في النكاح حق الله تعالى ، بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز ، وحقوق الله تعالى في الأموال مقدرة كالزكاة والكفارات .

فصل [٢ - أقل الصداق] :

إذا ثبت أنه مقدر فتقديره بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق وما

---

(١) الصداق - فيه لغات ، أكثرها فتح الصاد والثانية كسرها - : وهو مهر المرأة (الفواكه الدواني : ٢/ ٣) .

(٢) في جملة أحكام الصداق انظر : المدونة : ٢/ ١٧٠ وما بعدها ، التفريع : ٢/ ٣٧، الرسالة ص ١٩٦ ، الكافي ص ٢٤٩ .

(٣) ، (٤) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

(٥) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : السلطان ولي : ٦/ ١٣٤ ، ومسلم في النكاح، باب : الصداق : ١٠٤١/٢٠ ، ومالك : ٥٢٦/٢ .

(٦) انظر : شرح مسلم - للنووي : ١٥٦/٦ ، المغني : ٦/ ٦٨١ .

(٧) انظر : الأم ٥ / ٥٨ - ٥٩ ، الإقناع ص ١٤٠ - ١٤١ .

(٨) في (م) : لذلك المال مقدراً .

يساوي أحدهما [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في تقديره بعشرة دراهم [٢] ، لأن كلا منا بناه [٣] على ما يجب فيه القطع وقد ثبت عندنا بما نبينه في كتاب القطع [٤] أن أقل ما يقطع فيه اليد ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق ، فيجب كون ذلك أقل المهور .

فصل [٣ - إذا كان الصداق منفعة] :

يستحب [٥] أن يكون الصداق أعياناً متملكه ويكره أن يكون منفعه من المنافع التي تتملك بالإجارة للاختلاف في جوازه ، وإن عقد به جاز [٦] خلافاً لمن منعه[٧] لقوله تعالى : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على تأجرني ثماني حجج ﴾ [٨] ، ولأنه أحد نوعي الأعواض في المبيعات ، فجاز عقد النكاح به كالأعيان لأن المنافع في معنى المال .

فصل [٤ - فيما لا يجوز أن يكون مهراً] :

لا يجوز أن يكون المهر محرماً لا يصلح [٩] أن يملك كالخمر والخنزير ، ولا غرراً كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية وما أشبه ذلك ، ولا خلاف في منع ابتداء العقد به ، فإن وقع ففيه روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، والأخرى

---

(١) في (م) : حدهما .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٤ ، ومختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٤

(٣) في (ق) : بناؤه .

(٤) انظر الصفحة (١١٠٦) .

(٥) في (م) : يجب .

(٦) انظر : المدونة : ٢/ ١٧٠ - ١٧١ ، التفريع : ٢/ ٣٧ ، الكافي ص ٢٤٩ .

(٧) قال أبو حنيفة : منافع الحر لا تكون صداقاً لأنها ليست مالاً (انظر بدائع الصنائع: ٣/١٤٢٩ ، المغني : ٦/ ٦٨٢) .

(٨) سورة القصص ، الآية : ٢٧ .

(٩) في (م) : يصح .

أن يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويجب صداق المثل [1] ، وعند أبي حنيفة والشافعي [2] : أن العقد صحيح لا يفسد بفساد المهر ، ويجب فيه صداق المثل ولا يفسخ ، فإذا قلنا : أن العقد فاسد فوجهه قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ﴾ [3] ، فعلق الإحلال بشرط الابتغاء بالمال : والخمر والخنزير ليسا بمال لنا [4] ، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ، ولأن المقصود به إذا كان فاسداً وجب فساد العقد أصله نكاح الشغار .

ووجه التصحيح [5] : أن عقد النكاح مفارق لعقد البيع في موضعه لأن سائر عقود المعاوضات العوض مقصود منها لأن طريقها المغابنة والمكايسة ، وليس كذلك النكاح لأنه مبني على المواصلة والمكارمة دون العوض ، ألا ترى أنهما إذا عقدا من غير تسمية صداق ، فإن العقد جائز ولو سكتا عن ذكر العوض في البيع والإجارة لم يصح العقد ، ويفارق نكاح الشغار لأنه يفسد لكون المقصود به بخلاف مسألتنا .

فصـل [٥ - في تأويل قول مالك إنه يفسخ قبل الدخول] :

إذا ثبت ما ذكرناه فقد اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك إنه يفسخ قبل الدخول: فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظاً وعقوبة لهما لئلا يعودا إلى مثل ذلك ، ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف ، فإن وقع الدخول لم يفسخ لأن الصداق قد وجب فلا يؤخذ المعنى الذي لأجله يفسخ قبل الدخول .

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/ ١٧٠ ، التفريع : ٢/ ٣٧ - ٤١ ، الكافي ص ٢٤٩ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٦ - ١٨٧ ، الأم : ٥/ ٤٧ - ٥٧ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

(٤) لنا : سقطت من (ق) .

(٥) في (م) : الصحيح .

فصـل [٦ - فيمن تزوج امرأة على درهمين] :

إذا تزوجها على درهمين ، فاختلف أصحابنا [١] : فعند ابن القاسم لا يفسخ النكاح ويجبر على أن يكمِّل الثلاثة دراهم ويمضي أو يفسخ إن لم يرضى ، وعند غيره يفسخ وإن أكمل [٢] المهر .

فوجه قول ابن القاسم : إن المهر ليس بفاسد في عينه ، وإنما منع العقد لقصور عن المقدار المعتبر فيه ، ففارق الخمر والخنزير ، ووجه الفسخ أنه عقد بما لا يستباح البضع [٣] به كالخمر والخنزير .

فصـل [٧ - استحباب دفع شيء من الصداق قبل الدخول] :

يستحب لمن يتزوج أن يدفع شيئاً من الصداق قبل الدخول [٤] ، وأقله ربع دينار لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك لما زوج فاطمة من عليّ رضي الله عنهما[٥] ، ولأن العوض في النكاح متأكد من الأعواض في سائر العقود لحرمة البضع ، ولأن التراضي بإسقاطه غير جائز فوجب تأكيده عليها في التسليم ، وإن لم يفعل جاز لأن تأخير القبض لا يخرجه عن الوجوب .

وإنما استحببنا أن يكون أقل ما يقدم أقل ما يستباح به الفرج ليكون في معنى من يقدم على فرج قد ملك استباحته ملكاً منبرماً لأنه لو اقتصر في المهر على ذلك القدر لجاز .

فصـل [٨ - فسخ النكاح قبل الدخول] :

كل فسخ يكون قبل الدخول تنفرد به المرأة فلا صداق لها معه ، من ذلك الأمة

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٧٣ ، التفريع : ٢/٣٨ ، الكافي ص ٢٥٠ .

(٢) في (م) : كمل .

(٣) في (ـق) : الفرج .

(٤) انظر : المدونة : ٢/١٧٠ ، التفريع : ٢/٣٨ - ٣٩ ، الرسالة ص ١٩٦ .

(٥) أخرجه البيهقي : ٧/٢٥٢ ، وأبو يعلي ، والطبراني في الأوسط والكبير والبزار ورجال الطبراني رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد : ٤/٢٨٦) .

تعتق تحت العبد قبل الدخول فتختار نفسها ، وكذلك لو ارتدت أو كانت أمة فباعها سيدها من زوجها أو لاعنها فالتعنت ، ويفارق ذلك أن تختار نفسها بتمليكه أو تخييره فيجب لها نصف الصداق لأن الزوج هو السبب في الفسخ بتمليكه إياها [1] الفرقة ، وكذلك لو أعسر بالصداق قبل الدخول أو جن فطلق عليه فلها نصف الصداق لأن ذلك من جهته ، فكان كمن خيَّرها [2] .

والأصل في هذا الباب أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكاً غير مستقر، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول خلافاً للشافعي [3] ، ولذلك [4] قلنا : إنه لو نمى في يدها أو نقص ثم طلقها كان النماء بينهما والنقصان عليهما ، ولو تزوجها على شيء بعينه فتلف في يديه أو في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شيء له عليها إذا كان تلفه بغير صنعها ، ودليلنا أنه لو كان ملكها قد استقر عليه لم يجز أن يبطل بعد استقراره ولا أن يطرأ عليه ما يبطله كما لو دخل ، وقد ثبت أنها لو ارتدت أو اختارت نفسها بالعتق قبل الدخول لم تستحق شيئاً ، أصله[5] لو طلقت قبل الدخول لملكت النصف دون الجميع ، فدل ذلك على أن ملكها له غير مستقر ، وأنه يستقر بالدخول أو الموت .

فصل [٩ - إذا اشترت بالصداق شيئاً من مصلحتها ثم طلقت قبل الدخول]:

إذا قبضت الصداق فاشترت به شيئاً من مصلحتها أو مصلحة زوجها مما جرى العرف في موضعهما بأن تتجهز المرأة به لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ، فله نصف ما ابتاعته ولا يلزمها أن تغرم له نصفه عيناً ، فلو طالبها بنصف ما ابتاعته

---

(١) في (م) : بتمليكها إياه .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ١٧٤ - ١٧٨ ، التفريع : ٢/٣٩ - ٤٣ ، الرسالة ص ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٥١ - ٢٥٣ .

(٣) وقال الشافعي : إذا سمى فإنها تملكه بمجرد العقد ملكاً مستقراً (انظر الأم : ٥/ ٦٠) .

(٤) في (م) : كذلك .

(٥) في (م) ، و(ر) أصلاً .

فأرادت هي أن تتمسك به وتعطيه مثل نصف ما أعطاها عيناً لم يكن لها ذلك إلا برضاه ، فإن كان الذي اشترته به شيئاً تختص هي بمنفعته ، فإن عليها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه [1] ، وعند أبي حنيفة والشافعي يلزمها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه على كل وجه [2] ، ودليلنا أن العرف إذا كان جارياً بأن المرأة تتجهز [3] للرجل ، وأنه يلتمس ذلك وعليه مضت عادة أهل بلدهم وجب متى فعلته أن يكون عليها نصاب ما اشترته ، لأنه على ذلك دخل فكأنها قد فعلته بأمره لأنه قد علم أنها تصرفه فيه ، فإذا كان العرف جارياً بذلك صار كأنه صرح فقال : قد أذنت لك أن تشتري بصداقك جهازاً ، فإذا طلقها قبل الدخول لم يكن له إلا نصف ما اشترته به .

ودليلنا على وجوب ما ذكرناه قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾ [4]، ولأنه صلى الله عليه وسلم أخذ صداق فاطمة رضي الله عنها فصرفه في جهازها من طيب وفراش ووسادتين على ما روي في الخبر [5] وفعله على الوجوب ، ولأن علياً رضي الله عنه حكم بذلك في قضية ارتفع [6] إليه فيها : قضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته ، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف ما دفعه وقال : أعطيت [7] دراهم وآخذ صوفاً وخرقاً فقال : أنت أضعت مالك [8] ، ولم يخالف عليه أحد ، فأما إذا صرفته في شيء تختص به مثل شراء عقار للتجارة[9]

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٧٧ - ١٧٩ ، التفريع : ٢/٤١ ، الكافي ص ٢٥٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٨ ، الأم : ٥/٦١ - ٦٢ .

(٣) في (ق) : تجهز .

(٤) سورة الأعراف ، الآية : ١٩٩ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٥٣) .

(٦) في (م) : ارتفعت .

(٧) في (م) : أعطى .

(٨) أخرجه الإمام مالك مختصراً : ٢/٥٧٣ .

(٩) للتجارة : سقطت من (م) .

أو تجارة أو غير ذلك فإنها تغرم [1] نصفه عيناً ، لأنها انفردت بمنفعته دونه لأنه لم يدخل على ذلك ، فكان كما لو قضت [2] به ديناً .

فصـل [١٠ - في صداق المثل] :

صداق المثل : يراعى فيه حالها في جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها ممن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها [3] خلافاً للشافعي في مراعاته العصبة [4] ، لأن صداق المثل يختلف ويقل ويكثر باختلاف ما ذكرناه في النساء من الجمال والمال والشرف ، يدل عليه أن الإنسان يرغب في جمال المرأة فيبذل من الصداق أكثر مما يبذله للتي هي دونها في الجمال ، وكذلك في [5] التي لها مال لارتفاقه بمالها وانتفاعه به ، فيبذل لها أكثر مما يبذل للفقيرة، فإذا ثبت ذلك وجب أن يكون هذا هو المعتبر دون نساء العصبات ، فإن لم يسلموا دللنا عليه [6] بقوله صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بذات الدين تربت يداك » [7] ، فأخبر أن الغرض الذي يقصد من المرأة وعليه يبذل الصداق هو هذه الأشياء ، فدل على أن الاعتبار بها دون غيرها، ولأن نساء العصبة قد تختلف أحوالهن وحالها فيختلف الصداق باختلاف ذلك بحسب قلة الرغبة وكثرتها ، فكان الاعتبار به دون ما لا يؤثر فيه .

فصـل [١١ - إذا رضيت المرأة بأقل من صداق المثل] :

إذا رضيت المرأة بأقل من صداق مثلها وهي ثيب لا حجر عليها جاز ، ولم

---

(١) في (م) : تصرف .

(٢) في (م) : قبضت .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ١٨١ - ١٨٢ ، المقدمات : ١/ ٤٧٦ ، الكافي ص ٢٥٠ .

(٤) انظر : الأم : ٥/ ٧١ - ٧٢ ، مختصر المزني ص ١٨٢ .

(٥) في : سقطت من (ق) .

(٦) في (ق) : فإن لم يسلموه دليلنا .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٤٧) .

يكن للولي الامتناع من إنكاحها ولا اعتراض بالفسخ إن كان زَوَّجها ولي غيره[1]، خلافاً لأبي حنيفة في قول : أن مهر المثل من الكفاءة [2] ، لأن كل من لم يكن له الاعتراض عليها في جنس المهر لم يكن له الاعتراض في مبلغه أصله ابن الأخ مع وجود الأخ ، ولأنها حرة رشيدة لها التصرف في بدل منافعها فواجب أن لا اعتراض عليها في مالها أصله إذا أجرت نفسها للخدمة بأقل من أجره مثلها .

فصل [١٢ - نكاح الشغار] :

نكاح الشغار [3] باطل [4] وصورته : أن يقول : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ، فيجعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى من غير أن يذكرا مهراً سواه ، فهذا باطل يفسخ قبل الدخول وبعده ، ولا يصح بوجه في المماليك ولا الأحرار نحو قوله : زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي على أن لا صداق بيننا فهو كقوله في الحرائر : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ولا مهر بينهما في أن العقد مفسوخ [5] في الجميع ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه يصح ويلزمه فيه مهر المثل [6] ، لما رواه ابن عمر : « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما » [7]

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٥٠ ، الكافي ص ٢٥٠ - ٢٥١ ، المقدمات : ١/ ٤٧٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٤ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٣ - ١٤ .

(٣) الشغار : من شغر الكلب إذا رفع رجليه ليبول (الصحاح : ٣/ ٧٠٠) ، وفي الاصطلاح : هو خلو البضع من الصداق (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٧٥).

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٣٩ - ١٤٠ ، التفريع : ٢/ ٤٨ ، الرسالة ص ١٩٧ ، الكافي ص ٢٣٧ .

(٥) في (م) : فاسد .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٨ .

(٧) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : الشغار : ٦/ ١٢٦ ، ومسلم في النكاح ، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه : ٢/ ١٠٣٤ .

فإن كان هذا التفسير منه صلى الله عليه وسلم فهو غاية المراد ، وإن كان من الصحابي فهو أولى من تفسير غيره ، ولأنه ملك بضع ابنته لشخصين الرجل وابنته ، وذلك يوجب فساد العقد لأن المهر يجب أن يكون ملكاً للمنكوحة فصار كما لو قال لرجلين : زوجت ابنتي لكل منكما ، ولأنه عقد جعل فيه المعقود له معقوداً به فلم يصح أصله إذا قال لعبده زوجتك ابنتي على أن تكون رقبتك مهراً، ولأنه عقد شرط فيه المعقود به لغير المعقود له فلم يصح أصله إذا قال : بعتك عبدي هذا على أن يكون ملكاً لزيد .

فصل [١٣ - إذا سمي مهراً لهما أو لأحدهما في نكاح الشغار] :

فإن سمى مع ذلك مهراً لهما أو لأحدهما صح النكاح في التي سمى لها المهر، ووجب صداق المثل ، لأنه لم يعقد على ما لا يصح أن يكون مهراً وإنما ضم إلى المهر ما لا يصح أن يكون عوضاً في العقد فوجب فساده والرجوع إلى صداق المثل .

فصل [١٤ - في نكاح المتعة] :

نكاح المتعة [(١)] باطل [(٢)] : وهو « العقد المؤقت بأجل » خلافاً للمبتدعة [(٣)] لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه يوم خيبر [(٤)] ، وقيل : يوم حنين [(٥)] ، وفي حديث الربيع بن سبرة [(٦)] عن أبيه عن النبي ﷺ قال : « ألا إن الله

---

(١) المتعة : اسم التمتع وهو أن يشارط المرأة شرطاً على شيء إلى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلى سبيلها من غير تزويج ولا طلاق (المصباح المنير ص ٥٦٢) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/١٥٩ - ١٦٠ ، التفريع : ٢/٤٨ ، الرسالة ص ١٩٧ ، الكافي ص ٢٣٨ .

(٣) قوله : المبتدعة يريد بذلك الشيعة الإمامية .

(٤) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : النهي عن نكاح المتعة : ٦/١٢٩ ، ومسلم في النكاح ، باب : نكاح المتعة : ٢/١٠٢٧ .

(٥) أخرجه الطبراني وابن حبان وصححه (مجمع الزوائد : ٤/ ٢٦٤) .

(٦) الربيع بن سبرة : بن معبد الجهني ، المدني ، ثقة من الثالثة (تقريب التهذيب ص ٢٠٦) .

حرمها » [1] ، ولأنه عقد معاوضة مؤبدة فلم يصح مؤقتاً أصله البيع ، ولأن خصائص النكاح لا تثبت فيه مثل الظهار والطلاق والتوارث فلو كان صحيحاً لتعلقت به كسائر الأنكحة الصحيحة ، ولأنه يقف الوطء على مدة مقدرة كما لو استأجر امرأة ليطئها شهراً .

فصـل [١٥ - في الخطبة على الخطبة في حالة عدم الركون] :

الخطبة على خطبة الغير لها حالتان : حال تجوز فيها ، وحال تمنع [2] ، فأما حال الجواز فهي إذا لم تنعم [3] له وتركن إليه ، بل ابتدأ الخطبة أو وعد وعداً معلقاً من غير إجابة ولا ركون ، فجاء غيره فخطب ، فإن هذا لا يمنع ، لأن الناس لو منعوا من أن يخطبوا من قد خطبت أو روسلت أو كلمت لشق عليهم وضاق وأدى إلى أن لا يخطب أحداً امرأة إلا بعد أن يسأل ويبحث هل راسلها غيره أو ابتدأ خطبتها ، وفي ذلك من الضيق والحرج ما يوضع عن الناس ولا يؤخذون به ، وبمثله وردت السنة في حديث فاطمة بن قيس [4] لما جاءت النبي ﷺ أعلمته أن أبا جهم [5] ومعاوية [6] خطباها فقال رسول الله ﷺ : « أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، ولكن انكحي أسامة بن زيد » [7] ، فلم ينكر اجتماعهما عليها في الخطبة وخطب

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح ، باب : نكاح المتعة : ٢/١٠٢٦ .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٥٢٣ ، الرسالة ص ١٩٧ ، الكافي ص ٢٣٠ .

(٣) أي أن تجاوب بنعم .

(٤) **فاطمة بنت قيس** : بن خالد الفهرية ، أخت الضحاك ، صحابية مشهورة ، وكانت من المهاجرات الأول ، وعاشت إلى خلافة معاوية (تقريب التهذيب ص ٧٥١) .

(٥) **أبو جهم** بن حذيفة ، القرشي ، العدوي ، كان علامة بالنسب ، من مسلمة الفتح (سير أعلام النبلاء : ٢/٥٥٦) .

(٦) **معاوية بن أبي سفيان** : صخر بن حرب بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن ، الخليفة، صحابي أسلم قبل الفتح ، وكتب الوحي ، مات في رجب سنة ستين (تقريب التهذيب ص ٥٣٧) .

(٧) أخرجه مسلم في الطلاق ، باب : المطلقة ثلاثاً لا يفقه بها : ٢/١١١٤ .

عليها لآخر ، ومثله حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما خطب امرأة لابنه عبد الله ولمروان [1] وغيره ، ثم خطبها لنفسه معهم فقالت المرأة : أجاد أمير المؤمنين أم هازل ؟ قال : بل جاد ، فقالت : قد أنكحتك » [2] ، فاستجاز عمر لنفسه أن يخطبها معهم لما لم يكن من جهتها إنعام لواحد منهم ولا إجابة ولا ركون ولا وعد لتقرير فدل على ما قلناه .

فصل [١٦ - في الخطبة على الخطبة في حالة الركون] :

الحالة الثانية : أن تنعم المرأة وتجيب وتركن إلى الخاطب ويتمهد [3] الأمر بينهما ويشترط كل واحد منهما على الآخر ما يريده ولم يبق إلا العقد أو قريب منه ، فهذه الحال التي يمنع فيها أن يخطب الغير على خطبة من قد انتهى إليها[4] فمتى خطب وعقد له عليه فالعقد غير صحيح ويفسخ على الظاهر من المذهب[5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [6] ، ولمن ذهب إلى خلافه من أصحابنا [7] ، لنهيه صلى الله عليه وسلم أن يخطب الإنسان على خطبة أخيه [8] ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأن هذا ذريعة إلى الإفساد على الناس وإدخال الأذى عليهم لأنه لا

---

(١) مروان بن الحكم : بن أبي العاص بن أمية ، أبو عبد الملك الأموي المدني ، ولي الخلافة في آخر سنة أربع وستين ، مات سنة ١٠٥ هـ (تقريب التهذيب ص ٥٢٥) .

(٢) عزاه ابن كثير إلى ابن عساكر (انظر البداية والنهاية : ٢٥٧/٨ ، المغني : ٦٠٥/٦) .

(٣) في (ق) : يتمادى .

(٤) في (ق) : إليه .

(٥) انظر : الموطأ : ٥٢٣/٢ ، المقدمات : ٤٨١/١ ، بداية المجتهد : ٣٥١/٦ - ٣٥٣، الكافي ص ٢٣٠ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع : ١٤١٠/٣ ، المهذب : ٤٧/٢ .

(٧) قال ابن عبد البر: وعن أصحاب مالك في هذا الباب آراء مختلفة واضطراب (الكافي ص ٢٣٠) .

(٨) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : لا يخطب على خطبة أخيه : ١٣٦/٦ ، ومسلم في النكاح ، باب : تحريم الخطبة على خطبة أخيه : ١٠٣٢/٢ .

يشاء أحد أن يفسد على غيره ويؤذيه إلا تركه يخطب ويبعث ويجتهد حتى إذا لم يبق إلا الفراغ جاء فأفسد عليه ، فوجب حسم الباب بإبطال ما أدى إلى هذا من الفعل ليرتدع من يفعل ذلك على ألا يعود لمثله كما وجب مثله في التلقي (١) وغيره .

فصل [١٧ - النكاح على صداق مجهول] :

يجوز النكاح على عبد مطلق أو وصيفة مطلقة غير موصوفة ولا معينة ، ويجب الوسط من رقيق ذلك البلد ، وكذلك على جهاز بيت ويكون لها الوسط من جهاز أهل الحضر أو البادية إن كانت بدوية أو حضرية (٢) ، وقال محمد بن عبد الحكم : لا يجوز إلا على معلوم مقدور وهو قول الشافعي (٣) ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ (٤) ، وقوله : ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ (٥) فعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ما تراضى عليه الأهلون » (٦) ، ولم يفرق ، ولأن النكاح لما لم يكن المقصود منه المعاوضة المحضة ، وإنما القصد به المكارمة والمواصلة دون العوض بدليل أنه لا يفسد بفساد العوض ولا بعدم ذكره في العقد بخلاف ما يكون المقصود منه العوض كالبياعات وغيرها مما يقصد به المكايسة والمتاجرة ، جاز أن يسقط تعيينه (٧) ، وصفته : إذا كان هناك طريق يوصل إليه غيره كما جاز لهذا المعنى السكوت عن ذكره جملة عند العقد .

---

(١) يعني تلقي الركبان .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ١٧٠ - ١٧١ ، التفريع : ٢/٣٧ - ٣٨ ، الكافي ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٣) انظر : الأم : ٥/٥٨ - ٥٩ ، الإقناع ص ١٤٠ - ٤١ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث ص ٧٢٨ .

(٧) في (م) ، و (ر) : بعينه .

فصل [١٨ - اشتراط المنكح حباء على الخاطب] :

إذا شرط المنكح حباء (١) على الخاطب ، فإن كان في العقد وعليه وقع العقد، فهو لاحقٌ بالصداق لأن العقد وقع عليه واستحل البضع بالصداق وبه ، فإن طلقت قبل الدخول رجع الزوج بنصفه كالصداق ، وإن كان ذلك بعد تمام العقد وانبرامه كأنه قال : زوجني على مائة دينار ، فقال : قد زوجتك عليها ، فقال : الخاطب قبلت ، ثم قال له الولي من بعد فبماذا تحبوني ؟ قال : بكذا وكذا ، فهذا يكون للولي خاصة لا رجوع فيه للزوج ولا للمرأة (٢) ، لأن ذلك جعل من الزوج للوكيل أو هبة له مستأنفة لم يقع العقد عليها ، وكذلك إن كانت الهبة للمرأة أو لبعض أهلها بعد استقرار النكاح غير مشترطة في العقد .

فصل [١٩ - إذا تزوجها على صداق مسمى ثم زادها عليه] :

فأما إن تزوجها على صداق مسمى ثم زادها في الصداق بعد تمام العقد وانبرامه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الزيادة كالصداق الأصلي ، فإن مات قال ابن القاسم : لا شيء لها من الزيادة وجعلها (٣) ، كالعطية إذا مات المعطي قبل أن تقبض .

وقال الشيخ أبو بكر وغيره من أصحابنا : القياس يجب أن لها الزيادة بالموت قالوا : لأنه لا يخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو الهبة التي لا تستقر إلا بالقبض ، فإن كانت كالمهر (٤) وجب استحقاقها بالموت كالمهر ، وإن كانت كالهبة وجب أن لا يجب لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخر القبض ، فلما وجب نصفها دل على أنها في حكم الصداق (٥) .

---

(١) الحباء - بالمد والكسر - : إذا أعطيته الشيء بغير عوض (المصباح المنير ص ١٢٠)

(٢) انظر : التفريع : ٢/ ٤٩ - ٥٠ ، الكافي ص ٢٥١ .

(٣) في (ق) : جعله .

(٤) في (ق) : مهراً .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ٥٠ ، الكافي ص ٢٥١ .

فصل [٢٠ - نكاح التفويض] :

نكاح التفويض جائز [١] وصفته : أن يعقدا النكاح ولا يذكرا صداقاً ، فالزوج بين ثلاثة [٢] خيارات : إما أن يتراضيا على مهر يفرضانه أو يفرضه أحدهما ويرضي به الآخر فيجوز ذلك ، أو أن يبذل المثل ويدخل ولا يعتبر رضاها هاهنا، أو أن يطلق ولا يلزمه صداق وليستحب له أن يمنع ومن مات منهما قبل الدخول والفرض [٣] ، فللآخر الميراث دون الصداق .

فصل [٢١ - أدلة جواز نكاح التفويض] :

وإنما قلنا : إن نكاح التفويض جائز لقوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ [٤] فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس ، والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح ولا خلاف فيه ، ولأن النكاح لما كان طريقه المواصلة والمكارمة دون المغابنة والمكايسة جاز فيه من التسامح ما لم يجز في البيوع ، وإنما قلنا : أنهما إن تراضيا على شيء من بعد جاز وكان صداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : « أدوا العلائق » ، قيل : وما العلائق يا رسول الله ؟ قال : « ما تراضى عليه الأهلون » [٥] ، ولأن الحق فيه لا يخرج عنهما فيما زاد على حق الله تعالى الذي لا يجوز تراضيهما على إسقاطه وهو أقل المهور، فما تراضيا[٦] به من شيء يجوز أن يكون عوضاً جاز .

فصل [٢٢ - إذا لم يتراضيا على شيء مقدر في نكاح التفويض] :

وإنما قلنا : إنهما إذا لم يتراضيا على شيء مقدر كان له أن يدخل بعد بذل

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٨٠ - ١٨١ ، التفريع : ٢/ ٥١ - ٥٢ ، الرسالة ص ٢٠٠، الكافي ص ٢٥٠ .

(٢) في (م) : بين ثلاث .

(٣) يعني أن فرض الصداق .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٦ .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ٧٢٨ .

(٦) في (م) : رضيا .

صداق المثل من غير اعتبار برضاها ، وكذلك لو دخل بها ابتداء لأنه قد ملك الاستباحة بالعقد فليس عليه أكثر من بذل قيمة البضع ، وإنما لم نعتبر [1] رضاها لأنها لما ملكته الاستباحة قبل التسمية كان ذلك رضا منها بفرضه أو بقيمة بضعها.

فصــل [٢٣ - إن طلق قبل الدخول والتسمية] :

وإنما قلنا : إنه إن طلق قبل الدخول والتسمية فلا مهر عليه ، لأن المهر لا يستحق إلا بدخول أو بموت بعد تسمية وقد عدما ، وأما المتعة فنذكرها [2] فيما بعد .

فصــل [٢٤ - إيجاب التوارث إن حصل موت قبل الفرض في نكاح التفويض] :

وإنما أوجبنا بينهما التوارث إن حصل موت قبل الفرض ، لأن النكاح صحيح والتوارث واجب في العقد الصحيح ، وإنما قلنا : لا يجب صداق المثل [3] بالموت [4] خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي [5] أنه يجب لها مهر المثل ، لأنها ماتت قبل الفرض والدخول ، فلم تستحق مهر المثل أصله مع أبي حنيفة الكتابية ، ومع الشافعي إذا طلقت قبل الدخول .

فصــل [٣٥ - تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان] :

يجوز أن يتزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان [6] خلافاً لعبد الملك

---

(١) في (م) : يعتبر .

(٢) في (م) : فتذكر .

(٣) المثل : أسقطت من (م) .

(٤) انظر : المدونة : ٢/١٨١ ، التفريع : ٢/٥٢ ، الكافي ص ٢٣٠ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٤ ، مختصر المزني ص ١٨١ ، وأبو حنيفة يقول: إذا مات الزوج عن امرأته التي لم يسمي لها مهراً فلها مهر المثل مسلمة كانت أم كتابية .

(٦) انظر : التفريع : ٢/٥٢ ، الكافي ص ٢٣١ .

لأنه ليس في ذلك أكثر من تقدر الصداق في ثاني حال [١] ، فهو في معنى التفويض .

إذا ثبت جوازه نظر ، فإن فرض من رد الحكم إليه منهما أو من غيرهم فرضياً به جاز ولزم ، وإن لم يتراضيا به فالخيار إلى الزوج إن شاء فرض صداق مثلها ولزمها ، وإن شاء طلق ولا مهر عليه كالتفويض هذا إذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبي .

فأما إن تزوجها على حكمها ، فلم يتراضيا على شيء فاختلف أصحابنا : فمنهم من قال : إن بذل لها صداق المثل لزمها كالتفويض ، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولي ابن القاسم ، ومنهم من قال : لا يلزمها الرضا بصداق المثل بخلاف التفويض وهو قول أشهب وقول ابن القاسم الآخر .

ووجه القول بأن ذلك يلزمها اعتباره بنكاح التفويض بعلة أنه عقد سكت فيه عن العوض ليوقع فيما بعد ولتحكم الغير بعلة عدم الرضا بالحكم لو [٢] علق بحكم فلان ، ووجه القول بأنه لا يلزمه فلأن الحكم توجه إلى جهة [٣] فلا يلزمها الرضا بحكم غيرها ، كما لو علق بحكم فلان ، ولأن تعليق الرضا بحكمها إنما هو احتراز من أن تلزم بما لم ترض به فلو كان ذلك يلزمها لم ينفعها اشتراطها شيئاً .

فصل [٢٦ - إذا أعتق أمته على أن تزوجه من نفسها] :

إذا أعتق أمته على أن تزوجه من نفسها [٤] ، فإن أبت لم يلزمها ذلك [٥] خلافاً لقوم [٦] لأن الإجبار ساقط عنها بعدم الرق والولاية ، فكان لها الخيار .

---

(١) حال : سقطت من (م) .
(٢) في (م) : الذي .
(٣) في (م) : جهتها .
(٤) في (م) : يزوجها نفسه .
(٥) انظر : المدونة : ٢/١٧٩ - ١٨٨ ، التفريع : ٢/٣٨ - ٣٩ .
(٦) في أحد قولي الحنابلة (انظر المغني : ٦/ ٤٧٠) .

فصل [٢٧ - من أعتق أمَة على أن يكون عتقها صداقها] :

ومن أعتق أمَته [١] على أن يكون عتقها صداقها لم يجز ذلك لأن الصداق إنما يكون صداقاً إذا قارن العقد أو صادف عقداً آخر [٢] ، فأما تقدم عليه فلا يصح، والعتق هاهنا متقدم على العقد فلم يكن صداقاً .

فصل [٢٨ - إذا خالعها قبل الدخول على مال تدفعه إليه] :

إذا خالعها [٣] قبل الدخول على مال تدفعه إليه ولها عليه صداق مسمى ، فإن سميا أنه من الصداق جاز وسقط ذلك القدر من صداقها [٤] ، لأنها قد أخذت عوضاً به وهو الطلاق الذي في مقابلته ، وكان لها نصف الباقي لأنها على الأصل وجوب النصف لها ، فإن نصا على أنه من عندها لزمها دفعه إليه من مالها ، فلم يكن لها أن ترجع عليه بنصف الصداق لأن دفع شيء من عندها يتضمن ترك حقها من الصداق ، فإن لم يرض أن يطلقها إلا بشيء يأخذه منها ، وأجابت إلى ذلك كانت عن شيء تأخذه منه أبعد ، فإن سكتا فلا شيء لها من الصداق عند مالك وأكثر أصحابه ، وقال أشهب : ترجع عليه بنصف الصداق ، فوجه قول مالك : إن ظاهر سكوتها وإبهامها الخلع بمنزلة النص على أنه من عندها على ذلك هو الأصل ولا يصح إضافته إلى الصداق إلا بأن يعيناه نطقاً ، وإذا كان كذلك تضمن سقوط حقها من الصداق كما لو نصت على أنه من عندها ، ووجه قول أشهب إن الإبهام يقتضي تعلقه بالذمة ولا يفيد الإبراء من الصداق كالدين ، وقول مالك أصح لأنها لو أرادت الرجوع بالنصف لم تلزم ذمتها شيء سواه .

---

(١) في (ق) : أمة .

(٢) آخر : سقطت من (م) .

(٣) الخلع : مأخوذ من الاختلاع وهو نزع الشيء عن الشيء ، وهو في الاصطلاح : معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها ويملك الزوج به العوض عليها ملكاً تاماً (المقدمات: ٥٥٨/١ - ٥٥٩) .

(٤) انظر : المدونة : ٢٣٣/٢ - ٢٣٤ ، التفريع : ٣٩/٢ - ٤٠ ، الكافي ص ٢٧٦ .

فصل [٢٩ - إذا وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده] :

ولو وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده وهي جائزة الأمر ثم طلق قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء [١] خلافاً للشافعي في قوله : إن له نصف قيمته[٢] ، لأن بهبتها الصداق له قد صار ملكاً له ، فلو استحق عليها بدل النصف لكان قد حصل له البدل والمبدل وذلك خلاف الأصول .

فصل [٣٠ - امتناع تسليم المرأة نفسها حتى تقبض الصداق] :

وللمرأة أن تمتنع من تسليم (نفسها حتى تقبض الصداق فإن سلمت نفسها ودخل بها وأرادت الامتناع من بعد حتى تقبض الصداق لم يكن لها ذلك خلافاً لأبي حنيفة [٣] ، لأنه تسليم) [٤] ، يستقر به البدل ، فوجب أن يسقط حكم الامتناع كتسليم السلعة في البيع ، ولأن تسليمها نفسها في الابتداء رضاً منها ببقاء المهر في ذمته وامتناعها بعد ذلك رجوع [٥] فيما قد تركته .

فصل [٣١ - إذا انضم إلى النكاح عقد بيع] :

إذا انضم إلى النكاح عقد بيع قال مالك وابن القاسم : لا يجوز ، وقال أشهب : يجوز ، وقال عبد الملك : إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينار فأكثر جاز [٦] ، وجه قول مالك : إن النكاح عقد مخصوص من سائر عقود المعاوضات بأحكام العوض لا يوجد في غيره من العقود ، فوجب أن ينضم إليه عقد غيره كالصرف والقراض ، ولأنه يجوز [٧] أن يكون العوض في مقابلة البيع

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٧٥ - ١٧٦ ، التفريع : ٢/ ٣٤٩ - ٤٠ .

(٢) انظر : الأم : ٥/ ٧٤ ، مختصر المزني ص ١٨٣ ، وقال : ففيها قولان : أحدهما يرجع عليها بنصفه ، والآخر لا يرجع عليها شيء ملكه .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٨ .

(٤) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٥) في (ق) : رجوعها .

(٦) انظر : المدونة : ٢/ ١٧٠ .

(٧) في (م) : لا يجوز .

فيعري البعض من عوض ويكون ذلك ذريعة إلى إباحة وإسقاط المهر واعتباراً به إذا لم يبق قسط من العوض ، ووجه قول أشهب : إنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر ، وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو تزوجها على حكم زيد، ووجه قول عبد الملك : إن المنع خيفة أن يعرى النكاح من عوض ، فإذا أمن ذلك جاز .

فصــل [٣٢ - الاختلاف في قدر الصداق] :

وإذا اختلفا في قدر الصداق نظر : فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا وبدئت باليمين [١] ، لأنها أقوى سبباً ، لأن الأصل معها : وهو أن منافع بضعها غير مملوكة عليها إلا بما تقر به أو يثبت ذلك [٢] لمدعيه عليها ، فإن حلفت قيل للزوج : إما أن تحلف ويسقط عنك الصداق الذي أدعته أو تكون بالخيار بين أن تدفع إليها ما حلفت عليه ، فتدخل بها شاءت أو أبت وبين أن تطلق ولا يلزمك شيء أو أن تنكل فيلزمك ما حلفت عليه ، لأنه قد اجتمع لها [٣] سببان مؤثران في الحكم : يمينها ونكول الزوج ، وهذا إن حلفت ، فأما إن نكلت فيحلف الزوج ويكون له ما يدعيه ، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه لقوة سببه بالتصرف فيما عقد عليه ، ولأنها لما سلمت [٤] نفسها من غير إشهاد عليه كان ذلك رضا منها بأمانته ، فإن نكل حلفت فاستحقت ما ادعته وذلك مبني على اختلاف المتبايعين وهو مذكور في البيوع .

فصــل [٣٣ - الاختلاف في قبض الصداق] :

وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها في ذلك قبل الدخول ، فأما بعده

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٨٢ - ١٨٣ ، التفريع : ٢/ ٤٢ - ٤٣ ، الرسالة ص ١٩٧ - ١٩٨ ، الكافي ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .

(٢) ذلك : سقطت من (م) .

(٣) في (ق) : له .

(٤) في (م) : أسلمت .

فينظر في البلد الذي هما فيه ، فإن كان هناك عرف متقرر وغالب بدفع الصداق وأن الزوج لا يمكن من الدخول إلا بعد إيفائه : فالقول قول الزوج ، وعلى هذا حمل أصحابنا إطلاق مالك رحمه الله الجواب في هذه المسألة (١) ، لأن العرف كذلك كان عندهم بالمدينة إلا أن يكون معها ذكر حق فيكون القول قولها ، لأن العرف معه بتبقية ذكر الحق في يدها ، لأن العرف جار بأخذه منها بعد إيفائه الحق وإنها لا تسلمه إلا إذا استوفته ، وإن كان موضعهما لا عرف فيه متقرر فالقول قولها ، وقال أبو حنيفة والشافعي : القول قولها جملة بغير تفصيل (٢) ، فدليلنا قوله تعالى : ﴿ وأمر بالعرف ﴾ (٣) فعم ، ولأن اليمين في الأصل متوجهة على أقوى المتداعيين سبباً ، والزوج في هذا الموضع أقوى سبباً لشهادة العرف له كما كان قبل الدخول القول قولها لقوة سببها عليه ، وبالله التوفيق .

* * *

(١) انظر : المدونة : ٢/١٨٢ ، التفريع : ٢/٤٣ ، الكافي ص ٢٥٣ .
(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٥ ، الأم : ٥/٧٢ .
(٣) سورة الأعراف ، الآية : ١٩٩ .

باب : [عيوب النكاح]

إذا وجد بالمرأة عيب يؤثر في المعنى المقصود بالنكاح ويمنع الالتذاذ واستيفاء الاستمتاع فالزوج بالخيار إذا علم بذلك قبل الدخول إن شاء ثبت على النكاح ودفع الصداق ودخل ، وإن شاء فارق ولا صداق عليه [1] ، وهذه العيوب أربعة وهي : الجنون ، والجذام [2] ، والبرص [3] ، وداء الفرج وهو : القرن [4] ، والرتق [5] وما في معناهما ، وقال أبو حنيفة : لا ترد بشيء من ذلك [6] ، ودليلنا ما روي : أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة [7] ، فوجد بكشحها بياضاً فردها، وقال: «دلستم عليّ» [8]، ولأن ذلك مروي عن عمر وعلي [9]

---

(١) انظر في عيوب النكاح : المدونة : ٢/١٦٧ - ١٦٩ ، الرسالة ص ٢٠٣ ، الكافي ص ٢٥٨ - ٢٥٩ .

(٢) الجنون معروف والجذام : داء يقطع اللحم (المصباح المنير ص ٩٤) .

(٣) البرص : يكون أسوداً وأبيضاً وعلامته التفليس بأن يكون عليه قشر يشبه الفلوس (الفواكه الدواني : ٢/ ٤٠) .

(٤) القرن : بفتح القاف وسكون الراء - هو خروج شيء بارز في الفرج يمنع الجماع (الفواكه الدواني : ٢/ ٤٠) .

(٥) الرتق - بفتح الراء والتاء - : هو انسداد مسلك الفرج ، بحيث لا يمكن الجماع معه (الفواكه الدواني : ٢/ ٤٠) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٢٤ - ٢٥ .

(٧) الثابت في الحديث بني غفار .

(٨) أخرجه البهيقي : ٧/ ٢١٤ ، وأحمد : ٣/ ٤٩٣ ، وأبو نعيم في الطب ، وفيه اضطراب (تلخيص الحبير : ٣/ ١٧٧) .

(٩) أخرجه البيهقي : ٧/ ٢١٤ - ٢١٥ ، والموطأ : ٢/ ٥٢٦ ، وأخرجه سعيد بن منصور (انظر تلخيص الحبير : ٣/ ١٧٧) .

ولا مخالف لهما ، وما يروي [1] عن ابن مسعود من قوله : لا ترد الحرة بعيب[2] محمول على ما عدى هذه العيوب ، ولأن لا يسلك بها سبيل الأمة المبيعة ، ولأنها عيوب تؤثر في استيفاء الاستمتاع المقصود وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معه الخيار إذا دخل على السلامة أصله الجب [3] والعنة ، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يثبت فيه الخيار متى وجد الجنون في المعقود عليه كالبيع .

فصــل [١ - لزوم المهر إذا ثبت على النكاح] :

إذا ثبت أنه بالخيار على النكاح لزمه المهر كاملاً لأن الفسخ حق له ، فإذا رضي بالعيب فقد أسقط حقه من الفسخ ورضي ببذل الصداق فكان له ذلك ، كالمبتاع إذا وجد بالمبيع عيباً ، فإن فارق قبل الدخول فلا صداق عليه ، لأنه دخل على السلامة ، وأن يبذل الصداق مع التمكين من الاستمتاع ، فإذا لم يقدر على ذلك لم يلزمه ، ولأن الفسخ هاهنا من قبل المرأة لأن العيب المانع من الاستمتاع من جهتها ، وإذا كان الفسخ قبل الدخول من جهة [4] المرأة لم تستحق شيئاً من الصداق .

فصــل [٢ - إذا لم يعلم الزوج بالعيب حتى دخل] :

وإن لم يعلم بذلك حتى دخل فحق الخيار ثابت له ، لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط خياره ، ويدفع العوض من الاستمتاع لأنه لا يجوز أن يعري منه ثم ينظر فيمن غره فيرجع عليه بالمهر الذي سماه أو غيره مما يدفعه لأنه إن كان سمى مهراً لزمه المسمى ، وإن لم يكن سمى شيئاً فصداق المثل وإن كان الذي عقد له ولياً يعلم منه أنه غره ؛ وإن كان يعلم ذلك منها فدلسه عليه - مثل الأب في البكر أو الأخ - فإنه إذا أدى الصداق رجع عليه بجميعه ، فإن كان ابن عم أو مولي أو

---

(١) في (م) : وما يروونه .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة : ١/ ٢١٢ .

(٣) الجب : هو قطع الذكر مع الأنثيين (الفواكه الدواني : ٢/ ٤٠) .

(٤) جهة : سقطت من (م) .

من العشيرة أو السلطان أو من لا يظن به علم ذلك لم يرجع عليه ، ويرجع به على المرأة نفسها ويترك لها ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، خلافاً للشافعي في قوله : لا رجوع له على الولي ولا على المرأة على كل وجه [1] ، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « أيما رجل نكح امرأة.وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها » ، ونحوه عن عليّ رضي الله عنه [3] ، ولا مخالف لهما من الصحابة ، ولأننا لو قلنا : إنه لا رجوع له عليها لألزمناه بذل العوض من غير أن يحصل له في مقابلته الاستمتاع الذي دخل عليه لأنه دخل على التأبيد لا على مرة واحدة .

فصــل [٣ - في تركه قدر ربع دينار نظير الاستمتاع] :

إنما قلنا : إنه يترك لها قدر ربع دينار لئلا يخلو الاستمتاع من بذل ، ولا يجوز أن يستباح الفرج بعقد نكاح إلا بعوض ، وإنما قلنا : إنه إذا رجع به على الولي رجع بجميعه ولم يترك له [3] شيئاً أصلا لأن المرأة يحصل لها المهر كاملاً : لأن الولي إذا غرمه للزوج لم يرجع به عليها فليس في ذلك غرر ، ولا بد للاستمتاع من عوض يحصل للمرأة .

فصــل [٤ - العيب يكون بالرجل] :

وللمرأة إذا وجدت ذلك بالرجل من الخيار مثل ما للرجل [4] ، لقوله تعالى: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ [5] ، ولأن لها حقاً في الاستمتاع ، فإذا وجدت مانعاً منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل واعتباراً بالجب والعنة ، واختلف عنه في البرص ، والصحيح أن الرد يثبت لها معه اعتبارًا بالجذام ، وهذا

---

(١) انظر : الأم : ٥/٨٤ - ٨٥ ، الإقناع ص ١٣٨ - ١٣٩ .

(٢) سبق تخريج الأثرين قريباً .

(٣) في (م) : لها .

(٤) انظر : المدونة : ٢/١٦٩ ، التفريع : ٢/٤٧ ، الرسالة ص ٢٠٥ ، الكافي ص ٢٥٨ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٨ .

إذا وجد به [1] قبل الدخول وبعده ، فإن اختارت الفسخ قبل الدخول ، فالمهر له لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها ولاستقراره لها بالدخول .

فصل [٥ - إذا تزوجا سليمين ثم حدث العيب] :

إذا تزوجا سليمين ثم حدث لهما أو بأحدهما بعض هذه العيوب ، فإن كان قبل الدخول نظر ، فإن حدث بالمرأة فلا رد للزوج وهو بالخيار إن شاء دخل وكمل لها المهر ، وإن شاء طلق ولزمه نصفه [2] خلافاً للشافعي [3] ، في أحد قوليه : إنه يطلق ولا يلزمه شيء ، لأنه عقد على منفعة مستدامة غير موفية تتناول معقوداً عليه [4] سليماً حين العقد ، فلم يكن حدوث عيب في المستأنف موجباً له الخيار ، ولأنه لم يكن هناك تدليس ويفارق الإجارة لأنها مؤقتة محصورة ، وإن كان بها ذلك بعد الدخول فلها المهر كاملاً وحكمه معها كحكمه لو لم يحدث بها شيء ، وإن كان حدث ذلك بالزوج ، فإن كان قبل الدخول فلها الخيار ، ويبق أن تقيم معه أو تفارقه ولا شيء لها لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بعد الدخول فخيارها ثابت ، وقد استحقت الصداق كله بالدخول ، والفرق بينها وبين الزوج في إثبات الخيار لها ونفيه عن الزوج فيما يحدث بعد العقد أنها لا تقدر على رفع العقد ، فلو لم يثبت [5] لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها ، والزوج بيده رفع العقد فلم يكن له خيار .

فصل [٦ - العيوب التي لا ترد بها الزوجة] :

ولا ترد إذا وجدت عمياء أو عوراء أو قطعاء أو سوداء أو محدودة أو ولد زنا

---

(١) في (م) : وجدته .
(٢) في (م) : النصف .
(٣) انظر : مختصر المزني ص ١٧٦ ، ١٧٨ ، الإقناع ص ١٣٨ - ١٣٩ .
(٤) في (ق) : عليها .
(٥) في (م) : يكن .

أو ما سوى العيوب الأربعة [1] ، وما في معناها [2] ، لأن كل هذه العيوب لا تمنع الاستمتاع ولا استيفاء المقصود بالعقد إلا أن يشترط السلامة فيكون له الرد ولا يلزم الولي إخباره بذلك ولا بأنها كانت [3] زنت أو قذفت ، فحدت أو سرقت فقطعت ، لأن كل ما لا يوجب له الرد لم يلزم الولي إخباره به كما لا يلزمه إخباره بأنها قد سافرت أو كان لها زوج قبله أو عدة أزواج ، وما أشبه ذلك مما لا توجبه الولاية .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٦٧ - ١٦٨ ، التفريع : ٢/٤٧ ، الكافي ص ٢٥٩ .

(٢) وما في معناها : سقطت من (ق) .

(٣) كانت : سقطت من (م) .

باب : [العيوب التي توجد بالزوج خاصة]

والعيوب التي توجد بالزوج خاصة تمنع الوطء وتوجب الخيار للزوجة أربعة وهي : الجب والخصاء والعنة والاعتراض ، فالمجبوب هو المقطوع ذكره وأنثياه.

والخصي هو المقطوع منه أحدهما ، فإن كان مقطوعهما كان مجبوباً ، وقد يسمى خصياً أيضاً إلا أن اسم الجب أغلب عليه ، والعنين هو الذي له ذكر شديد الصغر لا يمكنه الجِماع ولا يأتي منه انتشار يولج به لصغره .

والمعترض هو الذي لا يقدر على وطء المرأة لعِلَّة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء ، وربما كان قد وطيء قبل ذلك وربما اعترض عن امرأة ولم يعترض عن أخرى وأصحابنا يسمون هذا العنين تجوزاً [1] ، وتشبيهاً بالعنين الذي وصفناه وكذلك من تقدم من الصحابة والتابعين وحقيقة اسمه المعترض كذلك زعم ابن حبيب .

فإذا تزوجت المرأة على السلامة فوجدت به أحد هذه العيوب كان لها الخيار على الوصف الذي نذكره ، أما المجبوب والخصى فلها الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه لعدم الاستمتاع منه ، لأن لها حقاً في الاستمتاع ، فإذا عدم [2] منه لم تجبر على الرضا ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [3] ، ولأنه لو آلى منها لكان لها توقفه وتطالبه مع الامتناع بالفراق مع قدرته على الوطء ، فكان في الخصي والمجبوب أولى ، ولأنه لما كان له الخيار مع الرتق والقرن لعدم الاستمتاع المقصود بعقد النكاح مع إمكان تخلصه منه بالطلاق كان بأن يكون لها الخيار في هذه المواضع أولى .

---

(١) انظر : حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ١٦٩ .

(٢) في (م) : عدمته .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

فصـل [١ - الخصي يمكنه الوطء لكنه لا ينزل] :

فإن كان الخصي قائم الذكر يمكنه أن يطأ إلا أنه لا ينزل فلها الخيار أيضاً لأن وطءه ناقص عن الكمال فكان لها الخيار ، فإن ثبت المقام معه سقط خيارها ، وكذلك إن أمكنته بعد علمها بعيبه من تقبيل ولمس أو تلذذ بمباشرة فلا خيار لها ، وإن اختارت فراقه فلا صداق لها لأن الفراق من قبلها .

فصـل [٢ - العنين يصح منه الوطء] :

فأما العنين - ويريد به المعترض عن امرأته ويصح منه الوطء ويرتجي زوال الاعتراض عنه - فلزوجته الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه ، وذلك بأن يُضرب له الأجل من يوم ترفعه إلى الحاكم : للحر سنة ، وللعبد ستة أشهر ، فإن أصاب في مدة هذا الأجل وإلا طلق عليه إن اختارت ذلك [١] خلافاً لداود في قوله : إنه لا يؤجل [٢] ، لأن ذلك إجماع الصحابة ، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وابن مسعود[٣] وغيرهم رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم واعتباراً بالخصاء والجب.

وإنما قلنا : إن الأجل سنة لما رويناه عن الصحابة ، وللمعنى وهو أن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله ولا يتيقن لزومه ، والمقصود بضرب الأجل إمهاله مدة يعالج نفسه فيها ويجتهد في زوال هذا العارض عنه ، وليس كالجب والخصاء اللذين لا يرجى زوالهما ، فوجب أن يكون المضروب له من المدة قدراً من الزمان يتمكن فيه من ذلك ، فكانت السنة أولى ما ضرب له لأن ذلك إن كان من مرض يؤثر فيه الزمان ، فالسنة تجمع الفصول الأربعة ، فلعله بالانتقال إلى زمان آخر يزول عنه ، ولأنها قد جعلت هذا في النكاح وغيره ولاختبار أمور يحتاج إلى اختبارها منها طول إقامة البِكر عند الزوج وعودها بكراً وعهدة الرقيق في الأدواء الثلاثة وغير ذلك .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٩٤ - ١٩٦ ، التفريع : ٢/ ٤٧ - ٤٨ ، الكافي ص ٢٥٨.

(٢) انظر : المحلي : ١١/ ٢٦٩ ، المغني : ٦/ ٦٦٨ .

(٣) البيهقي : ٧/ ٢٢٦ - ٢٢٧ ، وعبد الرزاق : ٦/ ٢٥٣ - ٢٥٥ ، المغني : ٦/ ٦٦٨

واختلف في أجل العبيد : (فقيل : سنة ، وقيل : ستة أشهر)[1] ، فوجه القول بأنه سنة اعتباراً بالحر ، ولأن الغرض بذلك اختباره في تأثير الأزمنة في مرضه ، وذلك يستوي فيه الحر والعبد .

ووجه القول بأنه ستة أشهر أنه يقربه من الفراق كأجل الإيلاء .

فصـل [٣ - في الأجل الذي يضرب العنين] :

وإنما قلنا : إن الأجل من يوم ترفعه[2] لا من يوم تزوجته أو علمت به بخلاف المولى ، لأنه حق لها لا تستحقه[3] وهو مفتقر إلى اجتهاد الحاكم بخلاف المولى ، ولأن المولى لا عذر له في أن يستأنف الأجل لأنه قصده الإضرار وللمعترض بخلافه لأنه يقول : إني معذور بترك العلاج لأني لم أعلم أنها ترافعني، فكنت أقدم الاجتهاد في ذلك .

فصـل [٤ - في عدم الحكم بعنته بدعوى الزوجة] :

ولا يحكم بعنته بدعواها إذا أنكر[4] ، خلافاً لأحمد بن حنبل[5] لأن الأصل السلامة ، ولأن الدعوتين إذا تعارضا وإحداهما يقتضي رفع العقد أو إثبات خيار فيه ، فالقول قول مدعى الصحة والاستقرار ، كدعوى المشتري عيباً بالمبيع أو استحقاق الخيار ، وكذلك إذا ضرب له الأجل وخلي بينه وبينها فادعى أنه وطيء فأنكرت ، فالقول قوله مع يمينه إن كانت ثيباً خلافاً للأوزاعي[6] ، لأنها

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) ومن (ر) .

(٢) في (م) : ترافعه .

(٣) في (م) : يستحق .

(٤) انظر : التفريع : ٤٨/٢ ، الكافي ص ٢٥٨ .

(٥) انظر : مسائل الإمام أحمد ص ٣٤٤ - ٣٤٥ ، مختصر الخرقي ص ٩٨ - ٩٩ .

(٦) **الأوزاعي** : أبو عمرو ، عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي ، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد ، ولقد كان أفضل أهل زمانه ، مات سنة ١٥٧ هـ (تذكرة الحفاظ: ١٧٩/١) .

مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر [1] ، ولأن ذلك موكل إلى أمانته ، ولأنه لا يقدر على الإشهاد على وطئه إياها كما كان القول قولها في تداعيهما المسيس، فإن حلف فهي امرأته على حالها وإن نكل أحلفت فإن حلفت فرق بينهما إن شاءت لاجتماع شيئين مؤثرين في الحكم ، وإن نكلت سقط حقها من الخيار هذا حكم الثيب ، فأما البكر ففيها روايتان :

إحداهما : أنها كالثيب لأن ادعاء المعترض كالوطء في الأجل موكول إلى أمانته كالثيب .

والأخرى : أنه ينظر إليها النساء فإن قلن : نرى [2] أثر إصابة فالقول قوله ، وإن قلن : أنها على حالها صدقت عليه ، ووجهها أنا إذا وجدنا طريقاً يوصل إلى العلم بذلك يقيناً كان أولى من الرجوع إلى أمانته وما لا يعلم صدقه فيه وهو مما للنساء فيه مدخل ، هذا كله إذا اعترض عنها ولم يطأها قبل الاعتراض ، فأما لو وطئها قبل الاعتراض دفعة واحدة ثم اعترض عنها [3] فلا خيار لها .

فصـل [٥ - انتهاء الأجل المضروب للعنين] :

إذا حل الأجل وتقارى على عدم الوطء واختارت الفسخ ، فإنه يؤمر بالطلاق، وله أن يوقع ما شاء ، فإن امتنع الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق [4] خلافاً للشافعي [5] ، لأنه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب كالفرقة بإعسار [6] الصداق والنفقة وتكون طلقة واحدة ، لأن الغرض يتم بها فلا فائدة في الزيادة عليها ، وتكون بائنة لأنه مطلق قبل الدخول ولا رجعة له لاعترافه بأنها لا تجب له وعليها العدة إذا خلى بها لأنها حق الله تعالى ، فلا يقبل اتفاقهما على إسقاطها .

---

(١) في (م) : متكرر .

(٢) في (ق) : قد .

(٣) عنها : سقطت من (م) و (ر) .

(٤) انظر : المدونة : ١٦٤/٢ ، التفريع : ٤٧/٢ - ٤٨ ، الكافي ص ٢٥٨ .

(٥) انظر : الأم : ٤٠/٥ - ٤١ .

(٦) في (م) : باعتبار .

فصـل [٦ - تكميل الصداق على العنين] :

وفي تكميل الصداق روايتان [1] : إحداهما أنه يكمل ، والأخرى إنه إن طال مقامه معها وتلذذه بها واستمتاعه بها استمتاع [2] مثله بما يمكنه كمل عليه ، وإن كان بحدثان دخولها ، ولم يطل أمرها معه لزمه نصفه ، فوجه الإطلاق أنها فعلت ما يلزمها من التمكين فعجزه عن استيفاء حقه لا يسقط ما وجب لها ، ووجه التفصيل أنه دخل على أن يستمتع بلا وطء فلا يجوز أن يكمل عليه الصداق من غير استيفائه كما لو حبس بمرض أو سجن ، فإذا كانت إقامته وتلذذه منها ، فقد استمتع بغاية ممكنة فأشبه السليم إذا وطىء .

فصـل [٧ - إذا طلق عليه بالعنة] :

إذا طلق عليه بالعنة ثم تزوجته بعد ذلك عالمة بعنته ، فلها أن ترفعه وتضرب له الأجل ثانية ولا يقطع خيارها علمها بذلك بخلاف الخصي والمجبوب لأن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله ، فإذا تزوجته أمكن أن يكون قد زال مرضه عنه ، فلم يوجب ذلك رضاها به لا محالة ، والجب والخصاء أمر ثابت غير زائل فلا يقدم عليه إلا مع الرضا به .



(١) انظر : المدونة : ٢/١٦٨ - ١٦٩ ، التفريع : ٢/٤٨ ، الكافي ص ٢٥٨ .

(٢) بها استمتاع : سقطت من (ق) ومن (ر) .

باب : [في متعة الطلاق]

ومتعة الطلاق [1] مستحبة غير مستحقة ولا يجبر عليها من أباها [2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] لأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب بدليل سقوط نصف المهر المسمى قبل الدخول ، ولأنه نوع من البينونة كالموت ، ولأن الحقوق التي يتعلق وجوبها بالنكاح للمرأة لا بد أن تكون معتبرة بها وبالزوج كالمهر والنفقة ، فأما بالرجل وحده فليس فيها .

فصل [١ - لمن تكون متعة الطلاق] :

وهي لكل مطلقة كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها إلا المطلقة المفروض لها قبل الدخول والملاعنة والمختلعة ، وإنما قلنا : إنها لكل مطلقة لقوله تعالى : ﴿ومتعوهن﴾ [4] فعم ، وقوله : ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾ [5] ولم يخص ، ولأنه ضرب من التسريح بالجميل والإحسان .

فأما المطلقة التي قد فرض لها ولم يدخل بها ، فإنه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق وهو آكد من المتعة امتنع أن يجب لها شيء مستأنف .

---

(١) متعة الطلاق : هو ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ١٨٣) .

(٢) انظر : الموطأ : ٣/٥٧٣ ، التفريع : ٢/٥٢ ، الكافي ص ٢٥٤ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٤ ، المهذب : ٢/١٦٤ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٦ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٤١ .

وأما الملاعنة فإنما [1] لم يكن لها متعة لأن تسريحها على غير الجميل بل على نهاية القبيح ، ولأنها غير مطلقة ، والمختلعة قد دفعت شيئاً عندها أو أسقطت واجباً كان لها ، فامتنع أن يلزم لها شيء مستأنف .

* * *

(١) في (م) : فإنها .

باب : [النفقة على الأزواج في النكاح]

والنفقة واجبة للزوجة بالعقد والتمكين من الاستمتاع [1] ، والأصل في وجوبها قوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ [2] ، وقوله : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [3] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تقول امرأتك انفق عليّ أو طلقني » [4] ، ولأن الزوجية عقد على منافع والنفقة في مقابلة استدامة تلك المنافع .

فصل [١ - متى تجب النفقة] :

ولا تجب النفقة إلا بالدخول أو بأن يدعى إليه ، وأن يكون الزوج بالغاً ، وهي ممن يستمتع بمثلها ويمكن وطؤها وإن لم تبلغ ، ولا نفقة لناشز ، وإنما شرطنا في وجوبها أن يدخل أو أن يدعى للبناء [5] لأنها في مقابلة التمكين من الاستماع بدليل أن الناشز لا نفقة لها ، فإذا حصل الدخول فقد حصل ما هي عوض عليه، وكذلك التمكين منه لأنه إذا حصل [6] كان الامتناع من جهته فلا يلزم المرأة شيء منه ، وإنما شرطنا أن يكون الزوج بالغاً خلافاً لأبي حنيفة ، ولأحد قولي الشافعي [7] ، لأن الصغير لا يتأتى منه الاستمتاع الذي يعاوض

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٩٢ - ١٩٣ ، التفريع : ٢/٥٣ - ٥٤ ، الرسالة ص ٢٠٠ - ٢٠٩ ، الكافي ص ٢٥٤ - ٢٥٦ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٢ .

(٤) أخرجه البيهقي : ٧/٤٧١ ، وأحمد : ٢/٤٧٦ ، والدارقطني : ٢/٣٠٩ ، وقال الألباني : صحيح موقوفاً (إرواء الغليل : ٧/ ٢٤٠) .

(٥) للبناء : سقطت من (م) .

(٦) في (م) : جعل .

(٧) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٩١ ، مختصر المزني ص ٢٣١ .

عليه لصغره ، وهي في مقابلته ، وإنما شرطنا أن تكون ممن يوطأ مثلها خلافاً للشافعي في إسقاطه اعتبار ذلك في أحد قوليه ، لأن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض عليه لقصورها عن بلوغه ، وإنما قلنا : إنها إذا كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها ، وإن لم تكن بالغاً لأن المعنى الذي يعاوض به في النفقة موجود كالبالغ ، وإنما قلنا : لا نفقة لناشز خلافاً لما يحكى من ابن عبد الحكم إن صح ، لما بيناه في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه ، فإذا عدم التمكين لم تجب كالثمن والمثمن في البياعات .

فصـل [٢ - المعتبر بالنفقة] :

الاعتبار بالنفقة بحال الزوجين معاً فيفرض لها كفايتها على ما يرى من قدرها وقدر زوجها من اليسر والعسر وليست بمقدرة [١] خلافاً للشافعي [٢] في قوله : إنها مقدرة لا اجتهاد للحاكم فيها ومعتبرة بحال الزوج وحده ، فعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [٣] ، وذلك يقتضي مراعاة حالهما جميعاً ، وقوله صلى الله عليه وسلم لهند لما قالت : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » [٤] ، فردها إلى العلم بمقدار كفايتها ولم يقدر بحد ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، فلما وجب أن تبذل له من الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف ، فكذلك يلزمه بدل النفقة لها [٥] .

---

(١) في (م) : مقدرة .

(٢) انظر : الأم : ٥/١٠٦ ، ١٠٩ ، مختصر المزني ص ٢٣١ ، الإقناع ص ١٤٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٢ .

(٤) أخرجه البخاري في النفقات ، باب : إذا لم ينفق الرجال ، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه : ٦/١٩٣ ، ومسلم في الأقضية ، باب : قضية هند : ٣/١٣٣٨ .

(٥) لها : سقطت من (م) .

فصل [٣ - إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحد] :

إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحدة ، وحاله تحمل لزمه أن يخدمها خدمة مثلها (١) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٢) ، لقوله تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ (٣) ولأنه لما وجب إخدامها بالواحدة لحاجتها إليها كذلك إذا احتاجت إلى اثنتين .

فصل [٤ - إذا أعسر الزوج بالنفقة] :

إذا أعسر بالنفقة ولم ترض المقام معه ضرب له أجل وتُلُوِّمَ في أمره فقيل : شهر ، وقيل : الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها ، فإن أنفق وإلا طلقت (٤) عليه إلا أن تكون تزوجته فقيراً تعلم أن لا مال له فلا يكن لها مفارقته بعسر (٥) ، وإنما قلنا : إنه يفارق بإعسار النفقة خلافاً لأبي حنيفة (٦) ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ﴾ (٧) ، وفي إمساكه إياها بغير إنفاق إضرار بها وتضيق عليها ، وقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ (٨) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تقول امرأتك انفق عليّ أو طلقني » (٩) ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، فلما كانت إذا نشزت لا نفقة لها لمنعها الاستمتاع كذلك

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٥٥ ، الرسالة ص ٢٠٩ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٣ ، الأم : ٥/ ١٠٧ ، مختصر المزني ص ٢٠ - ٢٣١ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ١٩ .

(٤) في (م) : طلق .

(٥) انظر : المدونة : ٢/ ١٩٣ - ١٩٤ ، التفريع : ٢/ ٥٥ - ٥٦ ، الكافي ص ٢٥٥ - ٢٥٦ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٩٦ .

(٧) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٨٢) .

إذا لم تجب النفقة من جهته ، فلها مفارقته ، ولأنها لما كان مفارقته في الإيلاء والعنة وضررهما أيسر من ضرر النفقة ، فكان في عدم النفقة أولى .

فصــل [٥ - دليل ضرب الأجل للمعسر عن النفقة] :

وإنما قلنا : يضرب له أجل ليتبين أمره ويصح إعساره لأنه لا يجوز أن يطلق عليه بإعسار المدة القريبة كاليوم واليومين ، لأن ذلك لا يضر الإضرار الشديد ، ولا يكاد يخلوا أحد منه ، وإنما الذي يؤثر ما يستدام من ذلك (١) ، واختلاف قوله في مدة الأجل يرجع إلى ما يختبر أمره فيه على ما يشاهد من حاله .

فصــل [٦ - عدم مفارقة من تزوجت فقيراً عالمة به] :

وإنما قلنا : إنها إذا تزوجته فقيراً تعلم بحاله فلا مفارقة لها لأنها راضية بعيبه ، فقد أقدمت على بصيرة ومعرفة بحاله ، كمشتري السلعة عالماً بعيبها .

فصــل [٧ - طلاق المعسر بالنفقة] :

وطلاق المعسر بالنفقة إن كان بعد الدخول رجعي ، فإن أيسر فله الرجعة ، لأن الفرقة إنما كانت من أجل (٢) الضرر ، فإذا زال كانت الرجعة كما لو زال قبل الفرقة لم يكن لها المطالبة بالفرقة ورجعت معتبرة باليسر ، فإن وجد منه صحت ، وإن راجع معسراً لم تصح ، فإن كان قبل الدخول مثل أن يدعى إلى البناء فلا يبنى ولا يجد ما ينفق فالطلاق بائن (٣) .

فصــل [٨ - الإعسار بالصداق] :

الإعسار بالصداق أن يوجب لها الفرقة إذا طلبت بذلك بعد ضرب الأجل على حسب ما يرجى له من زوال الإعسار (٤) خلافاً لأبي حنيفة (٥) ، لأن لها أن تمنع

---

(١) في (م) : استدامة ذلك .

(٢) في (م) : لأجل .

(٣) ، (٤) انظر المدونة : ١٩٢/٢ - ١٩٤ ، التفريع : ٥٥/٢ ، الكافي ص ٢٥٦ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٩٦/٣

نفسها حتى تقبض الصداق ، كما أن للبائع أن يمنع إقباض السلعة حتى يقبض الثمن ، ففي منع المفارقة إضرار بها لأنها إما أن تلزم إضراره أو تسليم البضع إليه والرضا بذمته ، وكل ذلك غير واجب ، واعتباراً بإعسار النفقة ، ولأن تعذر الاستمتاع من جهته إذا أدى إلى الضرر وجب لها الخيار كالعنة والإيلاء .

* * *

باب : [نكاح المريض المخوف عليه]

المريض المخوف عليه لا يجوز له أن يتزوج [(١)] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(٢)] لأنه محجور عليه في ماله أن يخرجه على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة والنكاح يتضمن هذا المعنى لأنه يوجب المهر والنفقة ولا حاجة به إلى الوطء فيجب منعه منه ، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة وما يفعله من ذلك يوقف على الثلث ، ولأن طلاقه غير مانع من الميراث لأن فيه إخراج الوارث عن الميراث وفي تزويجه هذا المعنى .

فصل [١ - في فسخ نكاح المريض المخوف عليه] :

إذا ثبت أنه غير جائز فإنه [(٣)] يفسخ إذا وقع لأن كل نكاح غير جائز فيجب فسخه ، والظاهر من قوله : إنه يفسخ بطلاق لأنه مفتقر إلى اجتهاد ولقوله الخلاف فيه [(٤)] ، وسواء دخل أو لم يدخل لأن الدخول لا يصحح العقد الفاسد، فإن لم يدخل فسخ ولا شيء لها ، وإن دخل فلها الصداق من ثلثه لفساد العقد ، وإن لم يكن سمى لها ، فلها صداق المثل لأنه قيمة البضع ، وإن كان هناك مسمىً نظر ، فإن كان مثل صداق المثل أو أقل كان جميعه لها ، وإن زاد عليه ففيه روايتان مبنيتان على وجوب التوارث إن مات قبل الفسخ : إحداهما أنه ليس لها إلا بقدر صداق المثل لأنا إن زدناها على ذلك لم تخل أن يكون وارثة أو غير وارثة ، فإن كانت ترثه كان ذلك وصية لوارث ، وإن كانت لا ترثه

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٨٦ ، التفريع : ٢/٥٦ ، الرسالة ص ٢٠١ ، الكافي ص ٢٤٨ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ٢/ ١٥٢٠ ، المهذب : ٢/ ٣٣ ، و٦٧ .

(٣) في (م) : فيجب .

(٤) لما جاء في المدونة قوله : قد اختلف فيه : ٢/١٨٦ .

كان ذلك إخراج مال على غير عوض ، والأخرى أن لها الجميع لأنها ليست بوارثة ، فأكثر ما في هذا الباب أن يكون وصية لغير وارث .

فصـل [٢ - في ثبوت المريض المخوف عليه على النكاح] :

وفي ثبوته على النكاح إن صح روايتان مبنيتان على أصل هو فساده هل هو في عقده أم لمعنى غير عقده ، فإذا كان فساده في عقده لم يصح الثبوت عليه ، وإذا قلنا : أن فساده لحق الورثة صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده وهذا اعتلال عبد الملك .

فصـل [٣ - نكاح الأمة والكافرة] :

واختلف في نكاحه الأمة والكافرة [١] ، فقال أبو مصعب [٢] : يجوز لأن الذي لأجله منعنا نكاح الحرة المسلمة أن فيه إدخال وارث على ورثته ، وذلك معدوم هاهنا ، وقال عبد الملك : لا يجوز لأن الأمة قد تعتق والكافرة قد تسلم قبل الموت فيصيران من أهل الميراث .

فصـل [٤ - في طلاق المريض المخوف عليه] :

وطلاقه لا يمنع الميراث [٣] خلافاً للشافعي [٤] ، لأنه مروي عن عمر وعثمان وعليّ وأبي بن كعب وابن الزبير [٥] ولا مخالف لهم ، ولأنه محجور عليه على ما ذكرناه لحقوق الورثة ، وذلك يمنع أن يملك إزالتهم عما أوجب الحجر لهم .

فصـل [٥ - ثبوت الميراث لمن طلقت في مرض الموت سواء مات في العدة أو بعدها] :

وسواء مات في العدة أو بعد انقضائها خلافاً لأبي حنيفة [٦] ، لأن الميراث إنما

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٨٦ ، التفريع : ٢/٥٦ ، الكافي ص ٢٤٨ .

(٢) **أبو مصعب** : أبو بكر القاسم بن الحرث بن زرارة بن مصعب بن عبد الرحمن بن عوف الزهري ، روى عن مالك والزهري ، وعنه البخاري ومسلم (ت ٢٤٢ هـ) (تذكرة الحفاظ : ١/٤٢٨ ، ترتيب المدارك : ٣/٣٤٧) .

(٣) انظر : المدونة : ٢/١٣٢ - ١٣٣ ، التفريع : ٢/ ٨٠ - ٨١ ، الرسالة ص ٢٠١.

(٤) انظر : الأم : ٥/ ٢٥٤ ، انظر : مختصر المزني ص ١٩٤ - ١٩٥ .

(٥) أخرج هذه الآثار : الموطأ : ٢/ ٥٧١ ، والبيهقي : ٧/٣٦٢ - ٣٦٣ ، ابن أبي شيبة : ٧/٢٥٣ ، عبد الرزاق : ٦/ ٣٤٠ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٠٣، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٥٢.

يثبت لها لأن الطلاق صادف سببه وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها ، فلا فرق بين بقاء العدة وزوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب [1] الذي هو الحجر.

فصـل [٦ - في كون الطلاق قبل الدخول أو بعده] :

وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده خلافاً لأبي حنيفة [2] لأنها مطلقة في المرض ثبت لها حق الحجر عليه ، فإذا مات فيه ورثته مع سلامة الحال أصله المدخول بها .

فصـل [٧ - ميراث المطلقة في المرض المخوف بعد أن تتزوج] :

وترثه إن تزوجت خلافاً للشافعي في بعض أقاويله [3] ، لأن الميراث إنما وجب لها بإخراجه إياها منه بعد ثبوت حق الحجر لها عليه ، وهذا موجود مع[4] تزويجها، فلم يكن لاعتبار التزويج معنى كما لم يكن لاعتبار العدة معنى.

فصـل [٨ - إذا صح من مرضه ثم مات] :

وإذا صح من مرضه ثم مات فلا ترثه على أي وجه كان خلافاً لزفر ، لأنه إذا صح فقد زال الحجر عنه فصار كمن طلق في الصحة .

فصـل [٩ - إذا سألته الطلاق وهو مريض] :

ولو سألته الطلاق وهو مريض فطلقها أو خالعها ورثته [5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [6] ، لأن عثمان رضي الله عنه حكم بذلك في تماضر بنت الأصبع[7]

---

(١) في (م) : سببه .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٣ ، مختصر القدوري- مع شرح الميداني : ٣/ ٥٢

(٣) انظر : الأم : ٥/ ٢٥٤ ، مختصر المزني ص ١٩٥ .

(٤) في (م) : بعد .

(٥) انظر : الموطأ : ٢/ ٥٧١ - ٥٧٢ ، التفريع : ٢/ ٨٠ - ٨١ ، الكافي ص ٢٧٠ - ٢٧١ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٠٣ ، مختصر المزني ص ١٩٥ .

(٧) تماضر : بنت الأصبع ، بن عمرو بن ثعلبة الكلبية (الإصابة : ٤/ ٢٥٥) .

زوجة عبد الرحمن بن عوف ، وكانت عنده على طلقة فسألته في شكوته الذي مات فيه [1] أن يطلقها تطليقة هي آخر طلاقها فورَّثها عثمان منه [2] ، ولم ينكر ذلك عليه أحد ، ولأنها مطلقة في المرض كالتي لم تأذن ، ولأن الإنسان قد يضيق على زوجته حتى تسأله الخلع فحسم الباب بتوريثها ، ولأن الإذن في إخراجها من الميراث بعد ثبوت سببه لا يؤثر كما لو قالت : لست أرثك .

فصل [١٠ - إن ماتت المطلقة في المرض المخوف عليه] :

وإن ماتت هي لم يرثها [3] لأنها لم تخرجه هي عن الميراث وليست محجوراً عليها لأجله فافترق بحكم موته وموتها .

فصل [١١ - عدة المطلقة التي مات في المرض المخوف] :

وعدتها عدة طلاق لأنها قد بانت منه بالطلاق دون الموت ، وإنما قطع المرض من أحكام المبتوتة انتفاء الإرث فقط .

فصل [١٢ - نكاح المولي عليه] :

ولا يجوز نكاح المولى عليه إلا بإذن وليه [4] ، وهو السفيه المبذر لماله لأنه الناظر له والقائم بأمر مصالحه وهو غير عارف بحظوظه ، فقد يفعل ما يكون عليه فيه ضرر في ماله وإضاعته فيزول معنى الحجر عليه ، فإذا رأى له السداد جاز إذنه له ، وإن تزوج بغير إذن فإن رآه حظاً أمضاه وإن رآه عليه ضرراً فسخه، وكان فسخه طلاقاً ، وإن تزوجها من بعد بقيت عنده على طلقتين ، وإن فسخ قبل الدخول فلا شيء لها وبعده ينزع منها المطهر ويترك لها ربع دينار ، ولا تتبعه بعد فك حجره بخلاف العبد لأن هذا محجور عليه لحق نفسه والعبد لحق سيده.

* * *

---

(١) أي في مرضه الذي مات فيه .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : ٥٧٢/٢ ، البيهقي : ٣٦٣/٧ .

(٣) انظر : المدونة : ١٣٢/٢ ، التفريع : ٨٠/٢ ، الكافي ص ٢٧١ .

(٤) انظر : المدونة : ١٤٥/٢ - ١٤٨ ، التفريع : ٥٦/٢ ، الكافي ص ٢٤٧ .

باب : [المحرمات من النساء]

كل امرأة يجوز في الجملة [1] العقد عليها إلا من كان فيها معنى يوجب تحريمها ، والتحريم على ضربين : تحريم متأبد وتحريم غير متأبد [2] ، فالتحريم الذي ليس بمتأبد يرجع إلى أمرين : أحدهما إلى صفة في المرأة يزول التحريم بزوالها ، والأخرى إلى صفة في العقد ، فأما الراجع إلى صفة في المرأة فمثل نكاح المعتدّة والمستبرأة ، ومن عقد عليها للغير والمحرمة والأمة للحر الذي يجد[3] الطول ولا يخشى العنت [4] دون العبد ، والأمة الكتابية للمسلم حراً كان أو عبداً ، والمرتدة والكافرة غير الكتابية من المجوس والوثنيات ونكاح الرجل أمة نفسه أو ابنه أو عبده ، وما في معناه تزويج المرأة بعبدها أو عبد ابنها ، وأما تزويج الرجل أمة أبيه فجائز ، وكذلك وطء حرائر الكتابيات بالعقد وأمائهن بالملك ، فكل هذا إذا زالت صفة منعه جاز العقد ونحن نبينه .

فصل [١ - العقد على المعتدة] :

أما المعتدة فلا يجوز العقد عليها إجماعاً : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ [5] ، وسواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة .

---

(١) في الجملة : سقطت من (ق) .

(٢) في جملة أحكام المحرمات من النكاح انظر : المدونة : ٢/١٩٧ - ٢٠٥ ، التفريع: ٢/٤٤ ، الرسالة ص ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ص ٢٣٩ - ٢٤١ .

(٣) في (م) : الواجد .

(٤) العنت : يعني الزنا ، وأصله من كلمة عنوة إذا كانت صعبة المسلك (غرر المقالة ص ٢٠٠) .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٥ .

فصل [٢ - التعريض بخطبة المعتدة] :

ولا يجوز أن يخطب في عدتها بالتصريح ولا بأس بالتعريض لها [١] ، وهو القول الذي يفهم منه إرادة نكاحها من فحواه [٢] ، أو لحنه [٣] ، أو ما ينضم إليه من دليل الخطبة [٤] ، وشاهدها نحو قوله : إني في عشيرتك [٥] لراغب وعليك لحريص ومقارب هذا من القول ، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء .. إلى قوله : ولكن لا تواعدهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ [٦] قيل في التفسير هو أن يقول : إني لك لمحب ، وإني على القرب منك لحريص وإذا حللت فادنيني ، وإن النساء لمن شأني هذا [٧] ، وما أشبهه فثبت بالظاهر منع التصريح وإباحة التعريض .

فصل [٣ - إذا خطب المعتدة صريحاً وتزوجها بعد العدة] :

فإن خطبها صريحاً في العدة ثم تزوجها بعد العدة ، ففيها روايتان [٨] : إحداهما استحباب الفراق ، والأخرى إيجابه ، فوجه الإيجاب قوله تعالى : ﴿ولكن لا تواعدهن سراً ﴾ [٩] ، والنهي يتقضي الفساد ، ولأن السبب إذا منع

---

(١) انظر : التفريع : ٢/٥٩ - ٦٠ ، الرسالة ص ٢٠٣ .

(٢) فحواه : وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور ، ويكون أولى بالحكم من المنطوق (مختصر ابن الحاجب : ١٧٢٢ ، وإرشاد الفحول ص ١٧٨) .

(٣) لحنه : وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور ويكون مساوياً له (مختصر ابن الحاجب : ٢/١٧٢ ، وإرشاد الفحول ص ١٧٨) .

(٤) في (ق) : الحال .

(٥) في (م) : عشيرتك .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٥ .

(٧) تفسير الطبري : ٢/٥٢٦ - ٥٢٧ .

(٨) انظر : الموطأ : ٢/٥٢٤ ، التفريع : ٢/٥٩ - ٦٠ ، الرسالة ص ٢٠٣ ، الكافي ص ٢٣٦ .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٥ .

الخطبة في بعض الأحوال جاز أن يؤثر في إيجاب الفراق كالخطبة على خطبة أخيه[1] ، ووجه نفي الإيجاب أن الخطبة ليست بعقد ، وإنما هي استدعاء والتماس فمنعها لا يوجب الفراق إذا وقع العقد على شروط سواها ولم يتعلق به إفساد على الغير كخطبة المحرمة ومواعدة المريضة ، ووجه الإيجاب أن سبب العقد لما جرى مجراه في النهي عن إيقاعه في العدة جاز أن يؤثر في رفع العدة كما لو وقع العقد في العدة ، ولأن ذلك كالردع لهما لئلا يعودا لمثله .

فصـل [٤ - من تزوج امرأة في عدتها] :

ومن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها في العدة فسخ نكاحه وتأبد عليه تحريمها[2] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] ، لقول عمر رضي الله عنه : « أيما امرأة نكحت في عدتها ثم دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لم ينكحها أبداً » [4] ، وروي عن عليّ رضي الله عنه مثله [5] ، ولا مخالف لهما ، ولأنه يتهم أن يكون استعجل الشيء قبل وقته فعوقبت بأن حرمت عليه كقاتل العمد ، وهذا أصل يدعى على وجه الجملة دون التعليل ، ولأنه دخل شبهة في النسب فتأبد التحريم عليه كالملاعن .

فصـل [٥ - إذا تزوجها في العدة ودخل بها بعد العدة] :

وإن تزوجها في العدة ودخل بها بعد العدة ففيها روايتان [6] : إحداهما تأبيد التحريم ، والأخرى نفي التأبيد ، فوجه إثباته [7] قول عمر رضي الله عنه : فإن

---

(١) في (ق) : الغير .

(٢) انظر : التفريع : ٢/٥٩ - ٦٠ ، الرسالة ص ٢٠٣ ، الكافي ص ٢٣٦ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٨ ، الأم : ٥/٣٧ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٥٣٦ .

(٥) مصنف عبد الرزاق : ٦/٢٠٨ .

(٦) انظر : المدونة : ٢/٢٨٢ ، التفريع : ٢/٥٩ - ٦٠ ، الكافي ص ٢٣٦ .

(٧) في (م) : التأبيد .

دخل بها فلا ينكحها أبداً [١] ، ولم يفرق ، ولأنه واطيء عن نكاح في عدة كالواطيء في العدة نفسها ، ووجه نفيه أنه لم يطأ في العدة كالذي لم يطأ أصلاً، ولأنه لم يدخل شبهة في النسب وهذه علة التأبيد .

فصل [٦ - إذا لم يطأها في العدة ولا بعدها] :

وإن لم يطأها [٢] أصلاً في العدة ولا بعدها فسخ نكاحه ، وفي تأبيد التحريم روايتان [٣] : فوجه نفيه وهو الظاهر أنه لم يوجد فيه معنى تأبيد التحريم وهو إدخال الشبهة في النسب ، ولأن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به تحريم مؤبد ما لم يقارنه وطء أصله إذا كانت تحته امرأة فتزوج بنتها ولم يطأها ، ووجه الثانية[٤] اعتباراً بالواطيء ، ولأن منع ذلك حسم الباب .

فصل [٧ - نكاح المستبرأة] :

وأما المستبرأة فإنها على ضربين : مستبرأة من وطء يلحق النسب فيه كالواطيء في نكاح فاسد أو شبهة نكاح أو ملك ، فهذا لا يجوز العقد عليها إجماعاً [٥] ، ومستبرأة من وطء لا يلحق النسب فيه كالزنا ، فهذا لا يجوز العقد عليها عندنا[٦] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٧] ، ويتضح الكلام في هذه المسألة في الحامل من زنا ، فدليلنا قوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [٨] فعم ، ولأنه حمل لا يلحق بالعاقد ، فكان مانعاً من العقد والوطء أصله إذا كان لاحقاً بالواطيء .

---

(١) الموطأ : ٢/٥٣٦ .

(٢) في (م) و(ر) : فإذا لم يطأ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/٥٩ - ٦٠ ، الكافي ص ٢٣٦ .

(٤) الثانية : سقطت من (م) .

(٥) انظر : المحلي : ١١/٧٢٧ .

(٦) انظر : التفريع : ٢/ ٦٠ ، الكافي ص ٢٣٦ - ٢٣٨ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٨ ، الإقناع ص ١٣٤ .

(٨) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

فصـل [٨ - في تزويج الزانية] :

ويجوز تزويج الزانية إذا استبرأت من الزاني بها ومن غيره [١] ، خلافاً لمن منع [٢] ذلك لقوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ [٣] فعم ، ولأنها خالية من الأسباب المانعة من نكاحها ، فجاز العقد عليها كغير الزانية ، ولأن الزنا ليس فيه أكثر من كونه كبيرة يعاقب عليها ، وذلك لا يمنع إنكاحها كالسرقة وشرب الخمر والقتل ، وإذا ثبت جوازه فابتداؤه مكروه لقوله تعالى : ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ [٤] ، ولا بد أن يكون لهذا تأثير في المنع ، وقوله : ﴿ محصنات غير مسافحات ﴾ [٥] ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « عليك بذات الدين تربت يداك » [٦] ، ولأن ذلك لا يؤمن معه فساد النسب ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « تخيروا لنطفكم » [٧] .

فصـل [٩ - عدم انفساخ نكاح الزوجة] :

ومن زنت امرأته لم ينفسخ [٨] نكاحها [٩] خلافاً لمن ذهب إلى ذلك [١٠] ،

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٦٠ ، الكافي ص ٢٤٤ .

(٢) وروي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة : أنها لا تحل للزاني بحال (المغني ٦٠٣/٦) .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٣ .

(٤) سورة النور ، الآية : ٣ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٢٥ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٤٧) .

(٧) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : الأكفاء : ٦٣٣/١ ، وفي إسناده الحارث بن عمران المديني ، حديثه هذا لا أصل له ، وقال الزيلعي : روي عن حديث عائشة وأنس وعمر بن الخطاب من طرق عديدة كلها ضعيفة (نصب الراية : ١٩٧/٣) .

(٨) في (ق) : يفسخ .

(٩) وهو قول عامة أهل العلم (انظر المغني : ٦٠٣/٦) .

(١٠) وقال جابر بن عبد الله : أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما ، وكذلك روي عن الحسن ، وعن عليّ رضي الله عنه (المغني : ٦٠٣/٦) .

لما روي : أن رجلاً قال : يا رسول الله ، إن امرأتي لا ترد يد لامس ، قال : «طلقها » ، قال : إني أحبها ، قال : « امسكها » [(١)] ، ولأن الزوج لو أقر بأنها زنت لم ينفسخ نكاحها منه ، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره اعتباراً بسائر الأصول طرداً وعكساً ، وهو أن كل معنى لو أقر به الزوج لانفسخ نكاحه ، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره كالردة ، وكونها أخته من الرضاعة ، وكل معنى لو أقر به لم ينفسخ نكاحه ، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره كإصابتها القتل والسرقة .

فصــل [١٠ - منع نكاح المحرم وذات الزوج] :

وقد ذكرنا في الحج منع نكاح المحرمة ، فأما ذات الزوج فلا يجوز العقد عليها ما لم تبن منه لقوله تعالى عقيب ذكر المحرمات : ﴿ والمحصنات من النساء ﴾[(٢)] ولأن ملك استباحة البضع لا يقع فيه اشتراك ، ولا خلاف في ذلك .

فصــل [١١ - نكاح الحر للأمة] :

فأما نكاح الأمة للحر فلا يجوز إلا بشرطين : عدم الطول لنكاح الحرة وهو مهرها ، والآخر خشية العنت [(٣)] ، فمتى عدما أو أحدهما لم يجز خلافاً لأبي حنيفة في إسقاطه خشية العنت [(٤)] لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً . . إلى قوله : . . ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾ [(٥)] (فعلقه بشرطين ،

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : النهي عن تزويج من لم يلد من النساء : ٥٤١/٢ ، والنسائي في النكاح ، باب : تزويج الزانية : ٥٥/٦ ، وأطلق النووي عليه الصحة ، ولكن نقل ابن الجوزي عن أحمد أنه قال : لا يثبت عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء (تلخيص الحبير : ٢٢٥/٢) .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٣) انظر : المدونة : ١٦٣/٢ ، التفريع : ٤٥/٢ ، الرسالة ص ٢٠٠ ، الكافي ص ٢٤٤ - ٢٤٥ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢٣/٣ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٢٥ .

فدل على منعه مع عدمهما ، وعند المخالف أن خشية العنت)[1] ، لا اعتبار بها، ولأنه حر مستغن عن استرقاق ولده فأشبه من تحته حرة .

فصـل [١٢ - جواز نكاح الأمة للعبد مطلقاً] :

ويجوز ذلك للعبد على الإطلاق لنقصه بالرق فلا عار عليه في استرقاق ولده، لأن ذلك ليس بأكثر من رق نفسه ، والحر ممنوع منه لحرمته فليس له استرقاق ولده مع الاستغناء عنه .

فصـل [١٣ - الحر يجمع أربع مملوكات] :

وللحر أن يجمع[2] بين أربع مملوكات إذا خشي العنت[3] خلافاً للشافعي[4] لقوله عز وجل : ﴿ فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾[5] فعم ، ولأنهن جنس أبيح نكاحهن فجاز الجمع بين أربع منهن كالحرائر ، ولأن الشرط إذا وجد استوى فيه الواحدة[6] والجماعة .

فصـل [١٤ - فيمن تزوج أمة ثم زال عنه شرط الإباحة] :

ومن تزوج أمة على الشرط الجائز ثم زال شرط الإباحة وهي عنده لم ينفسخ نكاحها خلافاً لبعضهم[7]، لأن شرط المنع إذا لم يوجد تأبيد التحريم كان طرؤه على العقد الذي عقد معه غير مانع من استدامته، وإن منع ابتداؤه كالإحرام.

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) في (م) : الجمع .

(٣) انظر : المدونة : ٢/١٦٣ ، التفريع : ٢/٤٥ ، الرسالة ص ٢٠٠ .

(٤) انظر : الأم : ٥/١٠ - ١١ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٢٥ .

(٦) في (م) : الواحد .

(٧) وهو قول المزني : أنه يفسد النكاح (انظر مختصر المزني ص ١٧٠ ، المغني : ٦/٥٩٩) .

فصـل [١٥ - نكاح الأَمَة على الحرة] :

إذا كانت عنده حرة فتزوج عليها أمة ، فيها روايتان [١] : إحداهما أن نكاح الأمة باطل ، والأخرى أنه صحيح وللحرة الخيار ، فوجه القول بأنه باطل أن تكون الحرة من الطول لأن الطول إذا كان القدرة على صداق الحرة كان وجود الزوجية أولى بأن يكون طولاً ، ووجه قوله إنه يصح هو أن الطول القدرة على صداق الحرة لأنه السعة في المال أو على حرة تكون بدلاً من الأمة لا حرة متقدمة .

فصـل [١٦ - إذا قلنا : إن النكاح جائز فللحرة الخيار] :

إذا ثبت ما ذكرناه : أن نكاح الأمة باطل فلا تفريع ، وإن قلنا : إنه جائز فللحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة ، وفي أي شيء يكون لها الخيار ، قال مالك : في أن تقيم معه أو تفارقه ، وقال عبد الملك : في أن تقر نكاح الأمة أو تفسخه ، فلمالك أن لها إزالة الضرر عن نفسها بما لا يضر بغيرها ، فإما أقامت أو فارقت ، ولا سبيل لها على نكاح الأمة لأن في ذلك إضرار بغيرها ، ولعبد الملك أن الضرر الذي لحقها هو لكون الأمة ضرة لها أو داخلة عليها فلها أن تزيله ، ومتى قلنا : إن لها الخيار في فسخ نكاح نفسها لم يكن ذلك خياراً في إزالة الضرر ، بل في زيادة منه .

فصـل [١٧ - نكاح الحرة على الأمة] :

إذا تزوج أمة على الوجه المجوز له ، فله أن يتزوج عليها حرة بلا خلاف [٢] ، وإن علمت الحرة فلا خيار لها وإن لم تعلم ففيها روايتان : إحداهما أن لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق ، والأخرى أنه لا خيار لها . فوجه قوله : لها الخيار فلرفع الضرر عنها بكون الأمة ضرة لها [٣] ، ووجه قوله : لا خيار لها فلأنها

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٦٤ ، التفريع : ٢/ ٤٥ ، الكافي ص ٢٤٥ .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ١٦٤ ، التفريع : ٢/ ٤٦ ، الكافي ص ٢٤٥ .

(٣) في (م) : ضرتها .

فرطت في استعلام ذلك (١) ، وكذلك لو كانت تحته أمتان فعلمت بواحدة ولم تعلم بالأخرى فإنه على روايتين : وكل هذا إذا كان الزوج حراً ، فأما إن كان عبداً فلا مقال لها رواية واحدة .

فصل [١٨ - جواز نكاح حرائر أهل الكتاب] :

نكاح حرائر أهل الكتاب ووطء إمائهن بالملك جائز (٢) لقوله تعالى : ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ (٣) ، (ولأن كل جنس تؤكل ذبائحهم جازت مناكحتهم كالمسلمين ، فأما وطؤهن بالملك فلقوله تعالى : ﴿وما ملكت أيمانكم﴾ (٤) فعم) (٥) ، ولأن كل جنس جاز نكاح حرائرهم جاز وطء إمائهم بالملك كالمسلمين ، فإذا ثبت جوازه فإنه مكروه ، ولأنه سكون إلى الكفار وركون إليهم ، وقد قال تعالى : ﴿ وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ (٦) ، ولأنه يتولى ولده من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ولا يؤمن أن يحبب إليه ذلك وتنشؤه عليه فيألفه ويعتاده ، ولأنها قد تهرب به إلى دار الحرب وهو صغير فيفسد دينه .

فصل [١٩ - نكاح الأمة الكتابية] :

وإنما قلنا : إن نكاح الأمة الكتابية غير جائز للمسلم جملة (٧) خلافاً لأبي حنيفة (٨) ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ (٩) فعم ،

---

(١) في (م) : في الاستعلام من ذلك .

(٢) انظر : المدونة : ٢/١٦٤ ، التفريع : ٢/٤٥ ، الرسالة ص ٢٠٠ ، الكافي ص ٢٤٤ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٥ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٣٦ .

(٥) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٦) سورة الروم ، الآية : ٢١ .

(٧) انظر : المدونة : ٢/١٦٤ ، التفريع : ٢/٤٥ ، الرسالة ص ١٩٩ ، الكافي ص ٢٤٣ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٧.

(٩) سورة البقرة ، الآية : ٢٣١ .

وقوله : ﴿ فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ [1] ، فعلقه بشرط الإيمان ولأن ذلك يؤدي إلى أشياء ممنوعة لأن الأمة قد تكون ملكاً للكافر فإن قلنا : لا يجوز لمسلم نكاح أمة الكافر حصل منه تفريق بين أمة الكافر وأمة المسلم وأحد لم يفرق ، وإن قلنا : يجوز فالولد الحادث إما أن يكون ملكاً لسيد الأمة ، فذلك يوجب ابتداء ملك النصراني للمسلم ، وذلك غير جائز ، وإما أن لا يكون ملكاً له فذلك خلاف الأصول فلما أدى إلى هذا الفساد وجب منعه .

فصل [٢٠ - استواء الحر والعبد في ذلك] :

وإنما استوى الحر والعبد في ذلك بخلاف الأمة المسلمة لاستوائهما في معنى المنع وهو أداؤه إلى ما بيناه من نقض الأصول .

فصل [٢١ - منع نكاح المجوسيات] :

وإنما منعنا نكاح المجوسيات وسائر المشركات سوى الكتابيات خلافاً لمن حكي عنه إباحته في المجوس [2] ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [3] ، وقوله : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ [4] فدل على منع غيرهن ، ولأن كل جنس لا تؤكل ذبائحهم لا تجوز مناكحتهم كالوثنيين ، ولأنهم ليسوا من أهل كتاب كأهل الأوثان ، فأما المرتدة فلأن كل معنى إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه ، فإذا وجد في الابتداء منع العقد أصله الملك والرضاع .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٥ .

(٢) قال ابن عبد البر : على هذا إجماع فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس (المغني : ٦/ ٥٩٥) .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢١ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٥ .

فصـل [٢٢ - نكاح الرجل أمة نفسه] :

وإنما قلنا : إنه لا يصح أن يتزوج الرجل [١] أمة نفسه [٢] لأنه يستبيح منافع البضع بملكه الرقبة ، والتزويج إنما هو عقد معاوضة على استباحة منافع ليست بمملوكة فلم يصح ذلك في الملك كما لا يصح أن يستأجر أمته للخدمة لأنه يملك منافعها بملك الرقبة كذلك منافع بضعها .

فصـل [٢٣ - تزوج الأب أمة ابنه] :

وإنما قلنا : لا يصح أن يتزوج بأمة ابنه أو ابنته خلافاً لأبي حنيفة [٣] لأن للأب شبهة في مال ابنه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » [٤] ولوجوب نفقته عليه إذا احتاج ، وسقوط القطع إذا سرق منه والحد إذا زنى بأمته، وإذا كان كذلك كان في معنى من يتزوج أمة نفسه فلم يجز .

فصـل [٢٤ - الابن يتزوج أمة أبيه وأمه] :

وإما قلنا : إن للابن أن يتزوج بأَمَة أبيه وأمِّه لأنه لا شبهة له في ملكها كالأجانب ، ولأن سائر الأحكام التي أثبتناها للأب في مال ابنه منتفية عن الابن في مال أبيه ، ولأن كل أمة لو زنى بها لحد فإنه يجوز له أن يتزوجها أصله أَمَة الأخ .

فصـل [٢٥ - التزوج بأمة عبده] :

وإنما قلنا : لا يصح أن يتزوج أَمَة عبده لأنها في معنى أَمَته ، لأن ملك عبده

---

(١) في (م) و(ر) : الإنسان .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ١٦٣ ، التفريع : ٢/ ٤ - ٤٥ .

(٣) انظر : تحفة الفقهاء : ١/ ١٣٠ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في التجارات ، باب : ما للرجل من مال ولده : ٢/ ٧٦٩ ، قال البوصيري : إسناده صحيح ، وصححه البزار وعبد الحق وابن القطان (انظر نصب الراية : ٣/ ٣٣٧) .

في حكم ملك نفسه [1] ألا ترى أن له انتزاعها منه وأنه لا يحد بوطئها ولا يقطع في سرقتها ، فكان ذلك آكد من ملك ابنه .

فصــل [٢٦ - منع تزوج المرأة بعبدها] :

وإنما قلنا : ليس لامرأة [2] أن تتزوج عبدها لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ولا تملكها المرأة عليه ألا ترى أن المعاوضة عليها يلزم الزوج دون المرأة، لأنه هو المقصود له عليها والمملَّك لها ، فإذا ثبت ذلك استحال في العبد أن يملك منافع بضع سيدته لأن ملكها لرقبته يمنع أن يملك عليها منافع خدمتها ، ولا يجوز أن تبيحه هي ذلك ، لأنها ليست مالكة له على ما بيناه ، ولأن ذلك يوجب تعارض الحقوق ، ولأنه يملك بالتزويج منافع بضعها ، وذلك يوجب أن تلزمها طاعته ، وذلك له أي وقت طالب به ، ويلزمها طاعته بالزوجية وتلزمه طاعتها بالرق وتلزمه النفقة عليها والكسوة [3] بالزوجية وتلزمها النفقة عليه بالملك ، وفي ذلك تعارض الحقوق ولن [4] يكون أحدهما أولى من الآخر بها وذلك باطل .

فصــل [٢٧ - تزوج المرأة عبد ابنها] :

وإنما قلنا : إن ليس للمرأة أن تتزوج عبد ابنها لمثل ما له منعنا أن تتزوج عبد نفسها لأن ملك ابنها جار مجرى ملكها كملك الرجل لأَمَة ابنه .

فصــل [٢٨ - إذا زالت أسباب التحريم عن المرأة جاز العقد عليها] :

وإنما قلنا : إن هذه الأسباب إذا زالت عن المرأة جاز العقد عليها خلافاً لمن منع ذلك لأنها هي علة منعه ، فإذا زالت لم يبق شيء يمنع لأجله .

فالمعتدة إذا خرجت من عدتها جاز العقد عليها ، وكذلك المحرمة إذا حلت.

---

(١) في (م) : في حكم ماله .

(٢) في (م) : للمرأة .

(٣) والكسوة : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : لأن لا .

والمستبرأة إذا زالت ريبتها وجلست المدة المضروبة لها ، وكذلك من لها زوج إذا بانت منه جاز أن يعقد عليها غيره لزوال ملكه عن منافعها وواجد الطول للحرة إذا عدمه جاز له التزويج بالأَمَة ، والأَمَة الكتابية إذا أعتقت جاز عقد المسلم عليها، والمرتدة إذا تابت والمجوسية إذا أسلمت وسائر من ذكرناه .

فصـل [٢٩ - في نكاح أهل الشرك] :

نكاح أهل الشرك غير صحيح عندنا ، وإنما يصححه [١] لهم الإسلام ما لو ابتدؤوا عقده بعد الإسلام لجاز ، فأما لو ابتدؤوه في الإسلام لم يجز فإنه لا يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم والرضاع وغير ذلك [٢] ، وقال أبو حنيفة والشافعي [٣] : عقودهم صحيحة في الشرك ، ودليلنا أنه قد ثبت أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط هي معدومة [٤] في أنكحتهم منها الولي ورضا المرأة المنكوحة [٥] ، وأن لا يكون في عدة ، وأنكحتهم خالية من هذا ، فيجب فسادها لأن نكاح المسلم إذا عري من هذه الشروط كان فاسداً فأنكحه أهل الشرك أولى لأنه نكاح عري من ولي ورضى المتزوجة ، فكان فاسداً كنكاح المسلم ، ولأن كل عقد لو وقع في الإسلام لكان باطلاً كذلك إذا وقع في الكفر أصله العقد على ذوات المحارم .

فصـل [٣٠ - إذا أسلم الكافران] :

وإذا أسلم الكافران فالزوجية ممن لو ابتدأ العقد عليها في الإسلام ، لكان له فإنهما يثبتان على نكاحهما لا خلاف فيه أعلمه [٦] ، لأن الإسلام يصحح لهم

---

(١) في (ق) ، و(ر) : يصح .

(٢) انظر : المدونة : ٣/ ٢١١ ، الرسالة ص ٢٠٠ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٨ - ١٧٩ ، مختصر المزني ص ١٧٢ - ١٧٣ .

(٤) في (م) : معدودة .

(٥) المرأة : سقطت من (ق) ، وفي (م) : سقطت المنكوحة .

(٦) ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم ، انظر : المغني : ٦/ ٦١٥ ، نيل الأوطار : ٦/ ١٦٣ ، المحلي : ٢/ ١٢٦٤ ، فتح الباري : ٩/ ٣٤٨ .

أنكحتهم ، فإن كانت ممن لو أراد ابتداء العقد عليها [1] في الإسلام لم يجز له ذلك ، فإن النكاح ينفسخ مثل نكاح ذوات المحارم والموطوءة في العدة وغير ذلك لأن أحسن أحواله أن ينزل منزلة المسلم ، وسواء [2] كانا أسلما قبل الدخول أو بعده .

فصل [٣١ - إذا أسلم أحد الزوجين] :

فأما إن أسلم أحدهما فإن كان المسلم الزوج نظر : فإن كانا كتابيين ثبتا على نكاحهما كان قبل الدخول أو بعده لأنه لو أراد ابتداء العقد عليها [3] في الإسلام لكان له ذلك ، وإسلامه لا يفسخ العقد المتقدم بل يصححه ، وإن كانا مجوسيين أو مشركين غير كتابيين عرض على المرأة الإسلام ، فإن أسلمت عقيب إسلامه أو بعده بالشيء القريب ثبتا على نكاحهما [4] لأن أبا سفيان أسلم وأسلمت هند بعده فثبتا على نكاحهما [5] ، ولأن إسلامها عقيبه أو بعده بالقريب جار مجرى إسلامهما معاً ، وإن أبت أن تسلم فاختلف أصحابنا : فعند مالك أن النكاح ينفسخ ولا ينتظر به أن تخرج من العدة ، وعند أشهب أن فسخه [6] موقوف على انقضاء العدة ، فوجه قول مالك قوله تعالى : ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾[7] ولأنه إما أن ينفسخ العقد [8] عقيب إبانتها على ما نقوله أو تبقى مستدامة ، وذلك ممنوع ، فأما اعتبار العدة فلا معنى له لأنه دعوى ، ووجه قول أشهب اعتباره بإسلام الزوجة [9] .

---

(١) عليها : سقطت من (ق) .
(٢) في (م) : كان .
(٣) في (م) : عليهما .
(٤) انظر : المدونة : ٢/٢١٢ - ٢١٥ ، التفريع : ٢/٦٣ ، الرسالة ص ٢٠٠ .
(٥) أخرجه البيهقي : ١٨٦/٧ .
(٦) في (م) : الفسخ .
(٧) سورة الممتحنة ، الآية : ١٠ .
(٨) في (م) و(ر) : النكاح .
(٩) في (م) : الزوج .

فصل [٣٢ - إذا أسلمت المرأة قبل الزوج] :

إذا أسلمت المرأة قبل الزوج فسواء كانا كتابين أو صابئين [١] أو مجوسين ، فإن كانا قبل الدخول فقد بانت منه ولا رجعة له عليها إن أسلم لأن إسلامه تنزل منزلة رجعته ، والرجعة لا تكون إلا في مدخول بها [٢] ، وإن كان بعد الدخول وقف الأمر على العدة ، فإن أسلم قبل خروجها ثبتا على نكاحها ، وإن خرجت قبل إسلامه بانت منه ، وإنما قلنا ذلك لأن رسول الله ﷺ أقر جماعة على أنكحتهم وكان زوجاتهم [٣] أسلمن قبل إسلامهم وأسلموا هم قبل خروجهان من العدة ، منهم : أبو العاص [٤] مع ابنته صلى الله عليه وسلم زينب [٥] ، وصفوان بن أمية[٦] مع بنت الوليد بن المغيرة [٧] ، أم حكيم بنت الحارث [٨] مع عكرمة بن

---

(١) صابئين : سقطت من (م) .

(٢) في (م) : في عدة .

(٣) زوجاتهن .

(٤) **أبو العاص** : ابن الربيع العبشمي ، أمه بنت خويلد ، واختلف في اسمه ، تزوج زينب بنت رسول الله ﷺ كبرى بناته ، وهي من خالته خديجة ، مات في خلافة أبي بكر (الإصابة : ٤/ ١٢١) .

(٥) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم : ٢/ ٦٧٥، وابن ماجه في النكاح ، باب : الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر : ١/ ٦٤٧ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما : ٣/ ٤٨ ، وقال : لا بأس بإسناده .

(٦) **صفوان بن أمية** : بن خلف بن وهب الجمحي ، أمه صفية بنت معمر ، مات بعد مقتل عثمان (الإصابة : ٢/ ١٨٧) .

بنت الوليد بن المغيرة : ناجية بنت الوليد بن المغيرة زوج صفوان .

(٧) أخرجه مسلم في الفضائل ، باب : ما سئل رسول الله ﷺ قط فقال : لا ٤/ ١٨٦، ومالك : ٤/ ٤٤٤) .

(٨) **أم حكيم بن الحارث** : بن هشام بن المغيرة ، المخزومية ، زوج عكرمة ، أسلمت في الفتح (الإصابة : ٤/ ٤٤٤) .

أبي جهل [1] ، وغيرهم ، وإنما قلنا ذلك لأن البينونة تقع بانقضاء العدة وعدم إسلامه ، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه ، فكان موقوفاً على العدة .

* * *

وعكرمة : بن أبي جهل بن هشام المخزومي ، صحابي ، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه ، واستشهد بالشام في خلافة أبي بكر على الصحيح (تقريب التهذيب ص ٢٩٦).

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات ، ومالك في الموطأ : ٢/٥٤٥ ، والإصابة : ٢/١٨٧ . (انظر نصب الراية : ٣/٣١٢) .

باب : [ما يحرم الجمع بينه من النساء]

ثم عدنا [1] إلى بقية التقسيم ، فقلنا : فأما تحريم الراجع إلى صفة العقد فهو الجمع وذلك أن التحريم على أضرب : منه تحريم جمع ، وذلك على ضربين : ضرب يرجع إلى الأعيان ، وضرب يرجع إلى العدد .

فأما الراجع إلى الأعيان فهو منع الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها أو غير ذلك من ذوات محارمها وحصر ذلك أن كل امرأتين لو فرضنا كون كل واحدة منهما ذكراً من الطرفين لم يجز له أن يتزوج الأخرى ، فإن الجمع بينهما حرام ، وكل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكراً لجاز [2] له أن يتزوج الأخرى ، فالجمع بينهما جائز ، فالأول مثل نكاح الأختين والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ، لأن كل واحدة منهما لو كانت ذكراً لم يكن له التزوج [3] بالأخرى .

والثاني : مثل الجمع بين المرأة وبنت عمها جائز [4] وبنت خالها وبنت خالتها جائز وما أشبه ذلك [5] : والأصل في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ [6] ، ونهيه صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها أو

---

(١) في (م) : ثم عمدنا .

(٢) في (م) : لكان .

(٣) في (م) : التزويج .

(٤) جائز : سقطت من (م) .

(٥) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/١٩٩ - ٢٠٦ ، التفريع : ٢/٦٣ - ٦٤ الرسالة ص ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

خالتها [1] ، فإذا ثبت ذلك ، فهذا الجمع المحرم يقع على صفتين : إحداهما أن يجمع بينهمنا في عقد واحد ، والأخرى في عقدين مفترقين ، فإن جمع بينهمنا في عقد فنكاحهما فاسد لأنه قارنه ما منع انعقاده ، وهو مشاركة الأخرى لها في العقد ، فكان كمن عقد على صبية وامرأة [23] ترضعها ، فإن العقد قد قارنه ما منع انعقاده فلم ينعقد ، وإن وطئهما أو إحداهما فالفسخ واجب بغير طلاق وللموطوءة المهر عوضاً من الاستمتاع ، وإن كان عقد على إحداهما ثم عقد على الأخرى ، فعقد الأولى صحيح وعقد الثانية باطل دخل بها أو لم يدخل ، ولها إن دخل بها المهر ولا يقر على نكاحها بوجه ما دامت الأولى عنده .

وإنما قلنا : إن نكاح الأولى صحيح لأنه عقد عارٍ مما يفسده ، فلم يفسد بطروء عقد فاسد عليه ، وإنما قلنا : إن نكاح الثانية فاسد لأنه جمع بينها وبين الأولى وهو صريح النهي لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » [3] .

فصل [١ - الجمع بعقد النكاح ، وبملك اليمين] :

لا خلاف في منع هذا الجمع بعقد النكاح والأصل فيه الظاهر والخبر [4] ، فأما بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع واختلف فيه في الصورة [5] الأولى فذهب قوم إلى جواز الجمع بين الأختين بملك اليمين ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [6] فعم ، ولأنه أحد نوعي [7] استباحة الفرج في الشرع

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : لا تنكح المرأة على عمتها (٦/١٢٨) ، ومسلم في النكاح ، باب : تحريم الجماع بين المرأة وعمتها . . (٢/١٠٢٨) .

(٢) في (م) : أمَة .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) الظاهر من قوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ والخبر « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » .

(٥) في (ر) : الصداق ، وفي (م) : الصدر .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٧) نوعي : سقطت من (ق) و(م) .

كالنكاح ، ولأن الذي له منع ذلك في النكاح خيفة العداوة والتباغض وأدّى ذلك إلى قطع الأرحام ، وهذا يستوي فيه العقد والملك .

فصل [٢ - فيمن أراد نكاح أخت امرأته] :

فإذا ثبت ذلك فمن كان [(١)] عنده امرأة بنكاح أو ملك فأراد استباحة وطء أختها لم يجز له ذلك إلا بأن يحرم الأولى عليه بطلاق بائن إن كانت زوجة أو ببيع أو إعتاق أو كتابة أو هبة لمن لا يجوز له ارتجاعها منه إن كانت أمة أو ما أشبه ذلك من ضروب التحريم الذي لا يكون له حله بيده متى أراده .

فصل [٣ - في الجمع بين المرأة وامرأة أبيها] :

ويجوز الجمع بين المرأة وبين امرأة أبيها خلافاً لبعضهم لأنهما أجنبيتان كامرأة عمها ، ولا يراعى فيه أنه لو كانت ابنة الزوج ذكراً لم يجز له التزويج بامرأة أبيه لأنه من الطرف الآخر لا يتصور .

فصل [٤ - في جمع أكثر من أربع نسوة] :

فأما الضرب الآخر من الجمع وهو الراجع إلى العدد دون الأعيان ، فهو عقد النكاح دون ملك اليمين وهو الزيادة على أربع نسوة ، ولا خلاف في ذلك يعتمد عليه ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ ، فقصره على هذا العدد فدل على منع الزيادة عليه [(٢)] ، وقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان لما أسلم وعنده عشر نسوة : « اختر أربعة وفارق سائرهن » [(٣)] ، وهذا كالمعلوم ضرورة من دين الأمة .

---

(١) كان : سقطت من (م) .

(٢) عليه سقطت من (ق) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة : ٦٢٨/١ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة : ٤٣٥/٣ ، وابن حبان والحاكم : ١٩٣/٢ ، وصححاه (انظر تلخيص الحبير : ١٦٨/٣).

فصل [٥ - من بانت منه زوجته جاز له أن يتزوج كل من كان ممنوعاً من العقد عليها] :

ومن بانت منه زوجته المدخول بها بخلع أو بطلاق ثلاث أو بفسخ أو بأي شيء كان مما يقع به البينونة مع بقائه جاز له أن يتزوج كل من كان ممنوعاً من العقد عليها قبل أن تبين منه ، وإن كانت في العدة مثل أختها أو عمتها أو خالتها أو أربعة سواها (١) خلافاً لأبي حنيفة (٢) لأن كل جمع حرم على الزوج بعقد النكاح ، فإن تحريمه يزول بالبينونة أصله إذا خرجت من العدة ، وإذا طلقت قبل الدخول ، ولأن كل امرأة لا يلحقها طلاقه جاز له التزويج بأختها كالأجنبية .

فصل [٦ - إذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع] :

إذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع اختار منهن أربعاً ، وفارق البواقي وسواء جمع (٣) بينهن في عقد واحد أو في عقود متفرقة ، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر (٤) ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه ليس له أن يختار الأواخر ولا من جمع بينهن في عقد (٥) ، لما روي : أن غيلان أسلم وكان تحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً (٦) ، وعند المخالف ليس له الخيار لأن عقود الأوائل صحيحة وعقود الأواخر فاسدة ، ولأنه لم يسأله هل عقد عليهن عقداً واحداً أو عقوداً مفترقة ، وقال لفيروز الديلمي (٧) لما أسلم وتحته

---

(١) انظر الرسالة ص ٢٠٣ - ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٤١ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٧ ، تحفة الفقهاء : ١٢٦/١ .

(٣) في (م) : عقد .

(٤) انظر : المدونة : ٢١٨/٢ ، الرسالة ص ٢٠١ .

(٥) انظر : الطحاوي ص ١٨٠ .

(٦) سبق تخريج الحديث .

(٧) **فيروز الديلمي** : اليماني ، صحابي ، قتل الأسود الذي ادعى النبوة في زمن النبي ﷺ ، مات في زمن عثمان ، وقيل : في زمن معاوية (تقريب التهذيب ص٢ ٤٤٨) .

أختان : « اختر أيهما شئت » [1] ، ولأن كل امرأة جاز له ابتداء العقد عليها في الإسلام جاز له المقام معها على نكاح الشرك أصله الأوائل ، ولأن أنكحتهم عندنا فاسدة وإنما تصح [2] لهم بالإسلام عقودهم ، ويعفى عما بنوها عليه من التحريم إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء العقد عليها في الإسلام ، فلو منعنا التمسك بالأواخر لمنعناه بالأوائل .

* * *

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق ، باب : فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع نساء أكثر من أربع أو أختان ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان : ٣/٤٢٧ ، وابن ماجه في النكاح ، باب : الرجل يسلم وعنده أختان : ١/٦٢٧ ، وقال الترمذي : حسن غريب ، وأخرجه البيهقي : ٧/١٨٤ ، وقال : إسناده صحيح وصححه ابن حبان .

(٢) في (م) : تصحح .

باب : من التحريم

والضرب الثاني من التحريم : وهو التحريم المتأبد ، وهو تحريم الأعيان ، وتفسيره أن التحريم يرجع إلى نفس المرأة وعينها فلا تحل بوجه ويفارق تحريم الجمع وغيره مما لا يتأبد ، لأن ذلك إذا زال من العين [1] زال تحريمها وتحريم الأعيان على قسمين : أحدهما بنسب ، والأخر بسبب [2] ، فأما النسب فالمحرم به السبع المذكورات في القرآن وهن : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .

فالأم : اسم لكل أنثى لها عليك [3] ولادة ، فكل أُنثى لها عليك ولادة فهي لك أم وهي محرمة عليك ، فيدخل في ذلك الأم دنية والجدات من قبلها ومن الأب وإن علون .

والبنت : اسم لكل أُنثى لك عليها ولادة [4] ، فكانت مباشرة بالولادة أو نازلة فيدخل في ذلك ابنة الصلب لأن الاسم لها حقيقة بالمباشرة وبناتها وبناتهن وبنات الابن وبناتهن وإن نزلن .

والأخت : لا تتعدى اسم درجتك وهي اسم لمن شاركتك في الانتساب وإلى من له عليك ولادة من أب أو أم أو منهما ، فيدخل في ذلك الأخت الشقيقة وللأم وحدها وللأب وحده .

والعمة : هي أخت أبيك وكل ذكر له عليك ولادة من الأجداد وآبائهم .

---

(١) أي إذا زال السبب زال تحريم المرأة .

(٢) في جملة الأحكام التالية انظر : التفريع : ٢/ ٧٠ ، الرسالة ص ١٩٨ ، الكافي ص ٢٣٩ - ٢٤٠ .

(٣) عليك : سقطت من (م) ومن (ر) .

(٤) في (م) : أُنثى من ولادتك .

والخالة : اسم لأخت أمك وأخت كل أُنثى لها عليك ولادة من الجدات وأمهاتهن .

وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو أبيها فكلهن حرام عليك .

(**وبنات الأخت**: اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة من قبل أبيها أو أمها) [١]، فكلهن حرام عليك ، فهؤلاء الأعيان السبع محرمات تحريم عين لا يبحن بوجه.

نوع آخر : التحريم بسبب .

أما السبب فضربان [٢] : رضاع ، وصهر ، ويتعلق بذلك ضرب طاريء يلحق بهن في الحكم وليس بأصل وهو (تحريم الملاعنة والموطوءة في العدة لأن هاتين قد حرمتا) [٣] تحريم عين أيضاً لا يحللن بوجه .

فأما الرضاع ، فجاز مجرى النسب في التحريم ، فكل محرمة بالنسب محرمة بالرضاع ، فالأم محرمة كالأم من الولادة ، وكذلك البنت من الرضاع وهي التي أرضعتها زوجتك لو أرضعت بلبنك فأنت أب لها كما أن زوجتك أم لها فتحرم عليك إن كانت ابنة كما يحرم على زوجتك إن كان ابناً ، وعلى هذا تجري مسائل هذا الباب ، والأصل في وقوع التحريم به قوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ [٤] ، وقوله : ﴿ وأخواتكم من الرَّضاعة ﴾ [٥] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » [٦] .

---

(١) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٢) انظر : المدونة : ١/ ٢٠٠ ، التفريع : ٢/ ٧٠ ، الرسالة ص ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ص ٢٤٠ .

(٣) ما بين قوسين سقطت من (م) .

(٤) ، (٥) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٦) أخرجه البخاري في الشهادات ، باب : الشهادة على الأنساب : ٣/ ١٤٩ ، ومسلم في الرضاع ، باب : ما يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة : ٢/ ١٠٦٨ .

فصـل [١ - التحريم بالمصاهرة] :

وأما الصهر وهو المناكحة فهو أربعة أعيان : زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ﴾ [(١)] ، وزوجات الأبناء : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ [(٢)] ، وأمهات النساء : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ [(٣)] ، وبنات النساء : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم ﴾ [(٤)] .

والتحريم بالصهر على ضربين :

تحريم بمجرد العقد الصحيح ومن غير حاجة إلى دخول وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وأمهات النساء .

وتحريم لا يقع بمجرد العقد [(٥)] دون مضامة الوطء أو ما يقوم مقامه من التقبيل واللمس واللذة وهو تحريم الربائب ، فأما تحريم زوجات الآباء والأبناء بمجرد العقد فلا خلاف فيه ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾ [(٦)] فعم ، وقوله : ﴿ وحلائل أبنائكم ﴾ [(٧)] ولم يخص .

فصـل [٢ - في تحريم أمهات النساء بالعقد] :

وإنما قلنا : إن أمهات النساء يحرمن بمجرد العقد خلافاً لما يحكى عن عليّ [(٨)] رضي الله عنه ، أنهن لا يحرمن إلا بالعقد والوطء لقوله تعالى : ﴿ وأمهات

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٢ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٣) ، (٤) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٥) في (م) : العقود .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٢٢ .

(٧) سورة النسا ء ، الآية : ٢٣ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق : ٦/٢٧٨ - ٢٧٩ .

نسائكم ﴾ (١) فأطلق ، ولأن العقد معنى تصير به المرأة فراشاً ، فوجب متى وجد أن تحرم معه الزوجة أصله الوطء .

فصل [٣ - في أن الربيبة تحرم بوطء الأم] :

وإنما قلنا : إن الربيبة لا تحرم بمجرد العقد دون وطء الأُم لقوله تعالى : ﴿وربائبكم الّتِي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ (٢) ، ولا خلاف في ذلك (٣) .

فصل [٤ - عدم اشتراط الحجر في تحريم الربيبة] :

وليس من تحريم الربيبة أن تكون في حجر المتزوج بأُمها خلافاً لداود (٤) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما رجل نكح امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها » (٥) ، ولم يعتبر الحِجْر ، ولأن الحِجْر لا تأثير له في التحريم اعتباراً بسائر المحرمات ، والظاهر خرج على تعريفهن بغالب أحوالهن .

فصل [٥ - في أن اللمس والقُبْلة يقومان مقام الوطء في التحريم] :

وإنما قلنا : إن القُبْلة واللمس للذة يقومان مقام الوطء في التحريم خلافاً للشافعي (٦) ، لأنه استمتاع بمباشرة كالوطء ، فأما النظر للذة ففيه اختلاف (٧):

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٢ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٣) انظر الإجماع ص ٩٣ - ٩٥ ، المغني : ٥٦٩/٦ ، فتح الباري : ١٥٨/٩ .

(٤) انظر : المغني : ٥٦٩/٦ ، بداية المجتهد : ٤٢٨٦ - ٤٢٩ .

(٥) أخرجه الترمذي في النكاح ، باب : ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا ؟ (٤٢٥/٣) ، وقال : هذا حديث لا يصح من قبل إسناده ، وأخرجه ابن جرير في التفسير ، والبيهقي : ٤٠/٧ .

(٦) انظر : الأم : ٣/٥ - ٥ ، مختصر المزني ص ١٦٨ - ١٦٩ .

(٧) في (م) : ففيه احتمال .

فوجه التحريم به أنه نوع من الاستمتاع باللذة كالقُبْلة ، ووجه الكراهة فلأنه ليس بمباشرة كالالتذاذ [1] بالتفكر .

فصـل [٦ - الموطوءة في العدة والملاعنة] :

فأما الموطوءة في العدة فقد ذكرناها ، والملاعنة ترد في باب اللعان .

فصـل [٧ - الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر] :

الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر ممن ذكرنا هو الحلال أو ما كان شبهة ، فأما الزنا المحض ففيه روايتان [2] : إحداهما أنه يثبت به حرمة المصاهرة ، والأخرى أنه لا يثبت به ، فوجه إثباتها قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾ [3] فعم ، ولأن كل تحريم بالوطء الحرام أصله التحريم في الوطء بشبهة، ولأنه استمتاع كالحلال ، ووجه نفيها أنه وطء يوجب الحد كاللواط ، ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه فلم ينشر الحرمة إلى غيره عكسه الحلال .

* * *

---

(١) في (م) : كالتلذذ .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٢٠٢ ، الرسالة ص ١٩٩ ، الكافي ص ٢٤٤ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٢ .

باب : [حق المقام عند الزوجة الجديدة]

ومن تزوج بكراً وله نساء سواها أقام عندها سبعاً ، وإن تزوج ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم استأنف القسم بينها وبين سائر نسائه ، ولا يلزمه قضاء لهن [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « للبكر سبع وللثيب ثلاثة »[3] وقوله لأم سلمة [4] لما تزوجها : « ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعة عندك وسبعة عندهن ، وإن شئت ثلاثة ودرت قالت ثلاث » [5] فأخبر أن الثلاث لا تقضي في حق الثيب ، ولأن الزوجة الحديث تحتاج إلى زيادة في الإيناس والبسط لتزول حشمتها ويذهب انقباضها ، وذلك يقتضي مدة من الزمان يمكن ذلك فيه ، وكانت البكر إلى هذا أحوج من الثيب فزيد في ضرب المدة لها .

فصل [١ - في كون السبع ليال حقاً للطارئة على الزوج أو له] :

وفي كون ذلك حقاً للطارئة على الزوج أو حقاً له على سائر أزواجه روايتان ، وفائدة الخلاف أنه إذا كان حقاً له كان له فعله وتركه ، وإذا كان حقاً لها لم يجز

---

(١) انظر : المدونة ص ١٩٧ - ١٩٨ ، التفريع : ٢/ ٦٥ ، الرسالة ص ٢٠٣ ، الكافي ص ٢٥٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٠ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٣٠.

(٣) أخرجه مسلم في الرضاع ، باب : قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف : ٢/ ١٠٨٣ .

(٤) **أم سلمة** : هند بنت أبي أمية ، المخزومية ، أم المؤمنين ، (ت ٦٢ هـ) (تقريب التهذيب : ٧٥٤) .

(٥) أخرجه مسلم في نفس الكتاب ، ونفس الباب : ٢/ ١٠٨٣ ، ومالك : ٢/ ٥٢٩.

له تركه إلا بإذنها ، فوجه القول الأول بأنه حق لها عليه ما روي : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « للبكر سبعاً وللثيب ثلاثاً » [١] ، ولأن الغرض من ذلك إيناسها وبسطها وذهاب انقباضها وهذا حق لها ، ووجه القول بأنه حق له أنه معنى يعود إلي الالتذاذ [٢] ، فكان حقاً له غير مستحق عليه كعدم الوطء .

فصل [٢ - في القسم بين الحرة والأَمَة] :

وإذا كان له زوجتان حرة وأَمَة ، فعنه في القسم بينهما روايتان [٣] : إحداهما التسوية والأخرى المفاضلة ثلثان [٤] للحرة وثلث [٥] للأَمَة ، فوجه التسوية اعتبارها بالحرة ، والقسم من سائر حقوق الزوجية ، ووجه المفاضلة فلمزية الحرة على الأَمَة وزيادة حرمتها ، ويلزم الرجل العدل بين نسائه في القسم في الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميل ولا جور لقوله تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ [٦] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة شقه مائل » [٧] ، ولأن الزوجات يستوين في حقوق الزوجية فوجب أن تستحق كل واحدة منهن من العشرة والصحبة ما تستحقه الأخرى .

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) في (م) : إلتذاذه .

(٣) انظر : المدونة : ١٩٩/٢ ، التفريع : ٦٧/٢ ، الرسالة ص ٢٠٠ - ٢٠٣ ، الكافي ص ٢٥٦ - ٢٥٧ .

(٤) في (م) : ليلتان .

(٥) في (م) : ليلة .

(٦) سورة النساء ، الآية : ١٩ .

(٧) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : في القسم بين النساء : ٦٠١/٢ ، والنسائي في عشرة النساء ، باب : ميل الرجل : ٧/ ٦٠ ، وابن ماجه في النكاح ، باب : القسمة بين النساء : ٦٣٣/١ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في التسوية بين الضرائر : ٤٤٧/٣ ، وأحمد : ٣٧٤/٢ ، والبيهقي : ٢٩٧/٧ ، والحاكم : ١٨٦/٢ ، وقال الترمذي : لا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام، وهمام ثقة حافظ: ٤٤٧/٣

ومقدار القسم : يوم وليلة لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك كان يفعل [1] ، وإذا أراد سفراً ، فإن كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من هي أرفق به وأطوع[2] لأمره كان ذلك عذراً له في السفر بها وعذراً عن الأخرى ، وإن تساوين وتقاربن فإن كان سفر حج أو غزو أقرع بينهن فيسافر بمن خرج سهمها ثم لا يلزمه قضاء لمن لم يسافر بها بعد عوده [3] بل يستأنف القسم بينهن وفي سفر التجارة روايتان : إحداهما الإقراع ، والأخرى نفيه ، وثبوت الخيار له ، وإنما قلنا : إنه يقرع بينهن لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل [4] ، ولأنه ليست إحداهن أولى من الأخرى .

ووجه اختصاص سفر الحج والغزو بذلك فلأنه [5] آكد لكون جنسه فرضاً ، ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يقرع بينهن إلا فيهما ، والقرعة اتباع ، ووجه التسوية في سائر الأسفار اعتباراً بسفر الحج والغزو وتساويهما في الحاجة والرفق.

* * *

---

(١) وهذا معلوم بالأخبار المتواترة عنه صلى الله عليه وسلم .

(٢) في (م) : أمشي .

(٣) في (م) : بعد غزوه .

(٤) أخرجه البخاري في الهبة ، باب : هبة المرأة لغير زوجها : ٣/ ١٣٥ ، ومسلم في التوبة ، باب : في حديث الإفك : ٤/ ٢١٠ .

(٥) في (ر) : فإنه .

باب : [في امرأة المفقود]

امرأة المفقود يضرب لها [1] أجل أربع سنين ، فإن جاء فيها وإلا اعتدت وتزوجت ، وصفة المفقود [2] الذي هذا حكمه أن يغيب الرجل عن امرأته ، فيعمى خبره وينقطع أثره ولا يعلم موضعه ولا تدري حياته ولا موته ، فامرأته مخيرة بين أن تقيم على ما هي عليه وبين أن تختار فراقه : فإن اختارت فراقه فوجه ذلك أن تأتي إلى الحاكم فتذكر له قصتها ، فينظر في ذلك ويفحص عن أخباره ويسأل عنه في المواضع التي يظن أنه بها ، ويسأل أهله أين سمعوه يذكر الخروج أو أين كانت عادته ويبحث عنه على حسب الإمكان والاجتهاد ، فإذا لم يقف على خبر استأنف لها ضرب أجل مدته أربع سنين ، فإن جاء في المدة أو علمت حياته ، فهي زوجته على حالها ويبطل خيارها ، وإن مضى الأجل ولم يوقف له على خبر اعتدت عدة الوفاء ولا ينفق في العدة من ماله ، فإن جاء وهي في العدة فهي امرأته وإن نقضت [3] قبل العلم بخبره ، فلها أن تتزوج من غير حاجة إلى استئذان الإمام ، فإن جاء قبل تزويجها فهي امرأته على ما ذكرناه وما مضى كأنه لم يكن ، وإن جاء بعد أن نكحت ففيها روايتان : إحداهما أنه لا سبيل له عليها وقد بانت منه دخل الثاني بها أو لم يدخل ، والأخرى أنه إذا كان لم يدخل بها ، فهي للأول ، وإن كان الثاني دخل بها فهي له ولا يحتاج في الحكم بفراقه إلى قضاء من حاكم ، ثم ينظر فإن كان الأول قد دخل بها فلها الصداق كاملاً ، وإن كان لم يدخل بها ففيها روايتان : إحداهما أن لها نصفه والأخري أنه كله لها ولا شيء له ، وإذا بانت من الثاني فأرادت العودة كانت على تطليقتين ، وبعد ذلك الفراق طلقة .

---

(1) في (ق) : يضرب له .

(2) انظر : المدونة : ٢/٩١ - ٩٢ ، التفريع : ٢/١٠٧ - ١٠٨ ، الرسالة ص ٢٠٣.

(3) في (م) : انقطعت .

فصل [١ - في أن الإمام يسأل عن المفقود] :

وإنما قلنا : إن الإمام يسأل عن خبره ويبحث ليزول الضرر عن المرأة لأنه لا يجوز أن يبتديء ضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث لجواز أن يكون حياً ، فيعلم ذلك بالبحث عن خبره والسؤال عن أمره ، وليس للإمام أن يفرق ابتداء بين رجل وامرأته .

فصل [٢ - في ضرب الأجل للمفقود] :

وإنما قلنا : يضرب له الأجل لإجماع الصحابة على ذلك ، روي عن عمر : أنه يضرب لها [(١)] أجل أربع سنين ثم يفرق بينهما ، وروي مثله عن علي [(٢)] رضي الله عنه [(٣)] ، وروي مثله عن جماعة من التابعين ولم يحفظ خلافاً عن أحد من الصدر الأول في ذلك ، ولأنه لما كان الخيار ثابتاً لها في الفرقة مع العنة والإيلاء ولم يكن فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة كان في مسألتنا الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار .

فصل [٣ - في مقدار الأجل المضروب للمفقود] :

وإنما قلنا : إن الأجل أربع سنين لأن هذه الرواية بهذا القدر جاءت عن الصحابة ومن ذكرناه ، ولأن الإجماع منحصر على أحد مذهبين إما أن تبقى أبداً على ما هي عليه أو يضرب لها أجل هو هذا المقدار دون غيره ، ولأن أصل ضرب الأجل هو الغالب من مدة الحمل وغالبه هذا المقدار .

فصل [٤ - في عدة امرأة المفقود بعد انقضاء الأجل] :

وإنما قلنا : إنها تعتد بعد انقضاء الأجل [(٤)] لأن أمره ينزل على الوفاة ، لأن

---

(١) في (م) : له .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٥٧٥ ، الدارقطني : ٢/ ٤٢١ ، البيهقي : ٧/ ٤٢٤ - ٤٢٥ ، ٤٤٥ ، وروي عن عثمان - رضي الله عنه - أيضاً .

(٣) رضي الله عنه : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : عقد الأجل .

ذلك هو الغالب من شأنه لأنه لو كان حياً لكان مع طوال [1] البحث وكثرة الفحص يعلم حاله ، ولا يجوز لمحكوم لها بالمفارقة أن تتزوج إلا بعد العدة ولم ينزل أمره على الطلاق ، ولا يوجب عليها عدة قبل الدخول احتياطاً للزوج الأول وللنسب ولم يجعل عليها عدة الطلاق بناء على الغالب .

فصـــل [٥ - لا ينفق عليها في العدة من ماله] :

وإنما قلنا : لا ينفق عليها في العدة من ماله لأنها إنما تعتد على أنه قد حكم بموته ولا نفقة للمتوفي عنها ، وذلك يخالف مدة الأجل لأنها في العدة على الزوجية .

فصـــل [٦ - عودة المفقود في المدة أو في العدة] :

وإنما قلنا : إنه إن جاء زوجها في المدة أو في العدة ، فهي امرأته فلأنه لم يحدث بينهما فرقة لأن المدة إنما ضربت لمجيئه والعدة إنما جعلت بشرط ثبوت وفاته ولم تثبت بتزويج فيكون الثاني أحق بها ، فلذلك كانت باقية على زوجيته.

فصـــل [٧ - في زواج امرأة المفقود بغير انقضاء العدة] :

وإنما قلنا : إن العدة إذا انقضت جاز لها التزويج لأن الخبر بذلك ورد عن عمر ابن الخطاب وعثمان [2] رضي الله عنهما ، ولأن اعتدادها لو لم يفد [3] تزويجها لكان لا معنى له .

فصـــل [٨ - إذن الإمام في زواج امرأة المفقود] :

وإنما قلنا : إنها لا تحتاج في ذلك إلى إذن الإمام لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل ، لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه .

---

(١) في (م) : طول .

(٢) سبق تخريج الأثر قريباً .

(٣) في (م) : لم يبح .

فصـل [٩ - إذا جاء المفقود بعد زواج امرأته] :

وإنما قلنا : إن المفقود إذا جاء بعد دخول الثاني فلا مقال له لأنها قد بانت بالوطء وحكم الحاكم لأن اعتدادها حكم من الحاكم بالفراق عليه على الشرط الذي قدمناه إلا أن يجيئ قبل التزويج ، فأما إذا جاء بعد التزويج وقبل الدخول ففيها روايتان [١] : إحداهما أنها للمفقود والأخرى أنها للثاني ، فوجه الأولى أنه عقد نكاح طرأ على عقد صحيح تقدمه بضرب سائغ من الاجتهاد ، فوجب أن لا تمنع نفسها عن الأول إلا بأن يضامها دخول أصله نكاح الوليين ، ووجه الثانية أنها نكحت بعد الاعتداد وضرب الأجل كما لو دخل بها .

فصـل [١٠ - عدم رجوع الزوج على امرأته بالصداق] :

وإذا قلنا : لا يرجع عليها [٢] بالصداق ، فلأن أمره نزل على الوفاة ، وإذا قلنا: يرجع عليها بنصف الصداق فلأنها فرقة تحسب طلاقاً [٣] كفرقة غير المفقود.

فصـل [١١ - في قسمة مال المفقود على الورثة] :

ولا يقسم ماله بين ورثته إلا بأن يتيقن موته لأنه ضرر في تبقيته وهو مفارق للزوجة ، فإن أتى عليه من الزمان : ما لا يعيش إلى مثله مُوت [٤] بالتعمير وقسم ماله بين ورثته ، واختلف قول [٥] مالك وأصحابه في مدة التعمير ، والظاهر أنه سبعون ، وقيل : ثمانون ، وقيل : تسعون (وقيل : مائة ، والصحيح سبعون) [٦] سنة لقوله صلى الله عليه وسلم : « أعمار أمتي ما بين

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٩١ ، التفريع : ٢/ ١٠٨ ، والكافي ص ٢٦٠ .

(٢) عليها : سقطت من (ق) .

(٣) في (ق و(ر) : طلاقها .

(٤) أي : حكم عليه بالموت .

(٥) قول : سقطت من (م) .

(٦) ما بين قوسين : سقطت من (م) .

الستين إلى السبعين ، فأقلهم من يجاوز ذلك [1] ، وهذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار ، وما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر لكل قول ، وإنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة وقصرها .

فصـل [١٢ - المفقود في معترك القتال] :

المفقود في معترك [2] القتال إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته وتزوجت ولا يحتاج إلى ضرب أجل لأن الأغلب من شأنه الهلاك [3] .

فصَـل [١٣ - بقاء زوجة الأسير] :

الأسير بخلاف المفقود لا يجوز لامرأته أن تتزوج ولا يضرب لها معه أجل ، لأن حياته معلومة وعذره في نفي [4] قصد المضارة ظاهر [5] .

* * *

(١) أخرجه ابن ماجه في الزهد ، باب : الأمل والأجل : ٢/ ١٤٢٥ ، والترمذي في الزهد ، باب : ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة : ٤/ ٤٩٠ ، وقال : هذا حديث حسن غريب ، والبيهقي : ٣/ ٣٧٠ .

(٢) في (م) : في معركة .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ٩٨ - ٩٩ ، التفريع : ٢/ ١٠٨ - ١٠٩ ، الكافي ص ٢٦١ .

(٤) نفي : سقطت من (م) ومن (ر) .

(٥) انظر المدونة : ٢/ ٩٨ ، التفريع : ٢/ ١٠٨ - ١٠٩ ، الكافي ص ٢٨١ .

باب : في الطلاق

الطلاق [1] على ضربين : رجعي ، وبائن ، فالرجعي من حقه أن يرد على مدخول بها ، والبائن هو الذي لا رجعة فيه ، وقد يكون في المدخول بها وفي التي لم يدخل بها ، وجملته للحر ثلاث وللعبد تطليقتان وهو معتبر بالرجال دون النساء ، فالحر يطلق ثلاثاً كانت زوجته حرة أو أَمَة ، والعبد يطلق اثنتين كانت زوجته حرة أو أَمَة ، والرجعة تثبت في الطلقة الواحدة للحر والعبد وفي الطلقتين للحر والثانية للعبد كالثالثة للحر [2] لا رجعة فيها ، وتحرم بها عليه فلا تحل له إلا بعد زوج : أوقعها مجتمعات أو مفترقات ويمنع إيقاعها مجتمعة ، ويقضي بذلك أن فعله ولكنه ينفذ ويلزم : وتحرم به فلا تحل بعقد نكاح ولا ملك يمين إلا بعد زوج يتزوجها تزويجاً صحيحاً نكاح رغبة يقصد الاستباحة دون التحليل ، فإن وقع الفساد في العقد أو التحريم في الوطء مثل أن يطأها محرمة أو صائمة أو حائضاً أو على وجه ممنوع لحق الله تعالى فلا يحلها ، وإن شرطا في العقد أن يحلها دون قصد [3] استدامة نكاحها ، فالعقد فاسد لا يقيمان عليه والاعتبار في ذلك بقصد الناكح دون المنكوحة ولا يحلها إلا وطء بعقد نكاح لا بملك يمين[4] .

---

(١) الطلاق في اللغة : يدل على التخلية والإرسال ، وفي الاصطلاح هو صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجباً تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج (انظر : معجم مقاييس اللغة : ٣/ ٣٢٠ ، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٨٤) .

(٢) للحر : سقطت من (م) .

(٣) قصد : سقطت من (م) .

(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/٦٦ ، التفريع : ٢/٧٣ - ٧٥ ، الرسالة ص ٢٠١ - ٢٠٣ ، الكافي ص ٢٦٢ - ٢٦٤ .

فصـل [١ - فيما تثبت فيه الرجعة] :

وإنما قلنا : إن الرجعة تثبت فيما دون الثلاث لقوله تعالى : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ [١] يعني الارتجاع ، ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر لما طلق امرأته حائضاً : « مرة فليراجعها » [٢] ، ولا خلاف في ذلك[٣] .

فصـل [٢ - الرجعة تكون في المدخول بها] :

وإنما قلنا : إنها لا تكون إلا في مدخول بها لقوله تعالى : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ [٤] يعني في العدة وزجره عن الثلاث بقوله : ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ [٥] يعني الندم ، فيكون له سبيل إلى الارتجاع ، ولأن الرجعة من حقها أن ينفرد [٦] الزوج بها من غير مراعاة لرضا المرأة ، وذلك لا يكون إلا في المدخول بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها فلا سبيل إلى ردها إلا بنكاح جديد ، وذلك يفتقر إلى إذنها .

فصـل [٣ - في جملة عدد الطلاق] :

وإنما قلنا : إن جملة الطلاق ثلاث لقوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان . . . إلى قوله : فإن طلقها فلا تحل له من بعد ﴾ [٧] ، وسئل رسول الله ﷺ عن الثالثة فقال : « أو تسريح بإحسان » [٨] ، وفي حديث ابن عمر قال : « أرأيت لو

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٢) أخرجه البخاري في أوائل الطلاق : ٦/١٦٣ ، ومسلم في الطلاق ، باب : تحريم طلاق الحائض : ٢/١٠٩٣ .

(٣) انظر : المحلي : ١١/٦٢١ ، المغني : ٦/٣٢٩ ، بداية المجتهد : ٧/٧ ، فتح الباري : ٩/٢٨٦ - ٢٩٩ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٦) في (م) : أن يتقرب .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(٨) أخرجه الدارقطني : ٤/٢ ، والبيهقي : ٧/٣٤٠ ، وقالا : أنه مرسل .

طلقتها ثلاثاً قال : عصيت ربك وبانت منك امرأتك »[1] . ولا خلاف أن ما فوق الثلاث لا مدخل له في الطلاق[2] .

فصل [٤ - في طلاق العبد وطلاق الحر للأَمَة] :

وإنما قلنا : إن الاعتبار في الطلاق بالرجال ، وإن طلاق العبد للحرة اثنتان والحر للأَمَة ثلاثاً خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن طلاق الحرة ثلاثاً كان زوجها حراً أو عبداً ، وطلاق الأَمَة طلقتان إن كان زوجها حراً أو عبداً[3] ، لأنه معنى ذو عدد يوجب أن يكون كماله ونقصانه معتبراً بمن يضاف إليه فعله أصله العدة ، ولأن الطلاق ملك للرجل وكمال الملك ونقصانه معتبراً بالمالك لا بغيره .

فصل [٥ - في تفريق الطلاق الثلاث] :

لا خلاف في أن من فرق الطلاق الثلاث فإنه يلزمه ويدل عليه[4] قوله تعالى: ﴿ الطلاق مرتان . . إلى قوله : فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾[5] ، فأما إن أتى به[6] في كلمة واحدة فإنه عاص بذلك ويلزمه[7]، وإنما قلنا : يلزمه إن وقع خلافاً لمن منع إيقاعه جملة لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن . . إلى قوله: لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾[8] فندبنا إلى

---

(١) أخرجه مسلم في الطلاق ، باب : تحريم طلاق الحائض : ٢/١٠٩٤ .

(٢) انظر : الإجماع ص ١٠٠ .

فتح الباري : ٩/٢٩٩ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/٤٨ - ٤٩ .

(٤) انظر : الإجماع ص ١٠٠ - ١٠٢ ، فتح الباري : ٩/٢٩٩ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(٦) في (م) : بها .

(٧) انظر المدونة : ٢/٦٧ - ٧٨ ، التفريع : ٢/٧٣ ، الرسالة ص ٢٠١ ، الكافي ص ٢٦٢ .

(٨) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

طلاق يملك الرجعة فيه لئلا يندم فلا يمكننا التلافي ، هذا يتضمن الوقوع ، وحديث ركانة [١] : أنه طلق البتة فأحلفه رسول الله ﷺ على ما نوى [٢] ، فدل على أن الثلاث تقع بالكلمة الواحدة ، وحديث ابن عمر قلت : أرأيت يا رسول الله لو أني طلقتها ثلاثاً ، أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : « كانت تبين منك وتكون معصية » [٣] ، واعتباراً [٤] بغير المدخول بها ، ولأنه ملك أبيح إيقاعه مفترقاً فجاز مجتمعاً كإعتاق العبد .

فصـل [٦ - في كون من طلق ثلاثاً عاصياً] :

وإنما قلنا : إنه يكون عاصياً بذلك خلافا للشافعي في قوله : أنه مباح [٥] لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن . . . إلى قوله : لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ [٦] ، فندبنا إلى الطلاق الرجعي ليكون للمطلق سبيلاً إلى تلافي ندم إن وقع منه ثم وصفه بما يقتضي الإثم فقال : ﴿ ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ [٧] ، فدل على ما قلناه ، وفي حديث ابن عمر قال : أرأيت لو طلقتها ؟ قال : « إذن بانت منك وعصيت ربك » [٨]، وروي عن محمود بن

---

(١) ركانة : ابن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي ، من مسلمة الفتح ، ثم نزل بالمدينة ، مات في أول خلافة معاوية (تقريب التهذيب ص ٢١٠) .

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق ، باب : في البتة : ٢/ ٦٥٥ ، وابن ماجه في الطلاق، باب : طلاق البتة : ١/ ٦٦١ ، والترمذي في الطلاق واللعان ، باب : ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة : ٣/ ٤٧١ ، وقال : غريب ، وقال أبو داود : هذا حديث صحيح ، والحاكم : ٢/ ١٩٩ ، وقال ابن عبد البر : ضعفوه .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً (ص ٨٢٧) .

(٤) في (ق) : اعتبرت .

(٥) انظر : الأم : ٥/ ١٨٠ ، مختصر المزني ص ١٩١ - ١٩٢ ، الإقناع ص ١٤٨ .

(٦) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٧) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٧) .

لبيد [1] قال : أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال : « يلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » [2] ، ولأنه إجماع الصحابة ، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعمران بن حصين [3] ، ولا مخالف عليهم فيه ، ولأنه سبب يحرم البضع به فعله من غير حاجة ، فكان ممنوعاً كالظهار ولا يدخل عليه الطلقة قبل الدخول ولا الثانية لأن ذلك من حاجته .

فصـل [٧ - في كون لا رجعة في الطلاق الثلاث] :

وإنما قلنا : لا رجعة في الطلاق الثلاث لأنه لم يبق له من الطلاق شيء ، فالرجعة هي ردها إلى النكاح ، فلا يجوز أن يملك نكاحاً لا يملك الطلاق فيه ، وإنما قلنا : لا يحل له العقد عليها حتى تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ [4] ، وللإجماع على ذلك[5] .

وإنما قلنا : إنما لا تحل بعقد ولا بملك لعموم الظاهر ، ولأن الوطء بالملك تابع لعقد النكاح ، إذ النكاح هو الأصل المقصود بالاستباحة ، فإذا لم يجب بالنكاح لم يجب بالملك .

فصـل [٨ - نكاح المحلل] :

وإنما قلنا : إن نكاح المحلل لا يصح [6] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [7] لقوله

---

(١) محمود بن لبيد : بن عقبة بن رافع الأوسي الأشهلي ، أبو نعيم المدني ، صحابي صغير ، مات سنة ست وتسعين وله تسع وتسعون سنة (تقريب التهذيب ص ٥٢٢) .

(٢) أخرجه النسائي في الطلاق، باب: الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ: ١١٦/٦ .

(٣) أخرج هذه الآثار الموطأ : ٢/ ٥٥٠ ، البيهقي : ٧/ ٣٣ - ٣٣٢ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

(٥) انظر : الإجماع ص ١٠٢ ، فتح الباري : ٣٠٦/٩ .

(٦) انظر : الموطأ : ٥٣١/٢ - ٥٣٢ ، التفريع : ٦١/٢ - ٦٢ ، الرسالة ص ١٩٨ ، الكافي ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .

(٧) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٥٨/٣ ، الأم : ٢٤٨/٥ - ٢٤٩ .

صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » (١) ، وهذا يفيد حظره ، ولأنه عقد معاوضة واقع على وجه يستحق عادة به اللعن ، فوجب أن يكون فاسداً أصله نكاح ذوات المحارم ، وإذا ثبت أنه فاسد لم تحل للزوج الأول ، وروي ابن عباس قال : سُئِل رسول الله ﷺ عن المحلل فقال : « لا إلا نكاح رغبة ، لا نكاح دلسة ولا استهزاء بكتاب الله عز وجل » (٢) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ألا أخبركم بالتيس ؟ » قالوا : بلا ، قال : « هو المحلل » (٣)، ولأنه إجماع الصحابة ، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وابن عمر وابن عباس (٤) ولا مخالف لهم .

فصـل [٩ - في أن وطء الثاني شرط في عودها إلى الأول] :

وإنما قلنا : إن وطء الثاني شرط في عودها إلى الأول لقوله صلى الله عليه وسلم للتي أرادت الرجوع إلى من طلقها ثلاثاً : « لا حتى تذوقي عسيلته » (٥)، ولأن الغرض من ذلك عقوبته على ركوب المعصية وتعديه ما جعل له ، وأن يعلم أنه متى لم يكن له سبيل إلى العود إلا على هذه الصفة وليس ذلك إلا في الوطء لأن مجرد العقد لا عقوبة فيه .

---

(١) أخرجه النسائي في الطلاق ، باب : إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ : ١٢١/٦ ، والترمذي في النكاح ، باب : ما جاء في المحلل له : ٤٢٧/٣ ، وقال : حسن صحيح ، وأحمد : ٤٤٨/١ .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك : ١٦٩/٢ ، وقال : على شرط الشيخين .

(٣) أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : المحلل والمحلل : ٦٢٣/١ ، وفي إسناده مسرح بن هاعان يخطيء ويخالف .

(٤) انظر : الموطأ : ٥٣١/٢ ، البيهقي : ٢٠٨/٧ - ٢٠٩ ، عبد الرزاق : ٢٦٥/٦ - ٢٦٩ .

(٥) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : من أجاز طلاق الثلاث : ١٦٤/٦ ، ومسلم في النكاح ، باب : لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره : ١٠٥٥/٢ .

فصـل [١٠ - وطء المطلقة ثلاثاً بالملك لا يحلها] :

وإنما قلنا : إن وطأها بالملك لا يحلها للمطلق بملك ولا بعقد ، خلافاً لمن أجازه [١] لقوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ [٢] ، فشرط في ذلك النكاح ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا إلا نكاح رغبة » [٣] ، ولأن الوطء بالملك أضعف .

فصـل [١١ - منع التحليل بالوطء الواقع على الوجه المحظور] :

وإنما قلنا : إن الوطء الواقع على وجه محظور لا يقع به التحليل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٤] ، لأنه شرط في إباحتها للأول لا يقوم غيره مقامه ، فلم يقع الإباحة به متى فعل على وجه محرم في الشرع لحق الله تعالى أصله العقد .

فصـل [١٢ - التحليل بنكاح فاسد] :

وإذا وطئها في نكاح فاسد لم تحل به خلافاً للشافعي في أحد قوليه [٥] لقوله تعالى [٦] : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ [٧] ، وظاهر ذلك يفيد الصحيح ، ولأنه وطء ولم يصادف سبباً مبيحاً كالوطء بالشبهة ، ولأن الوطء بالملك أقوى من الوطء في النكاح الفاسد لأن الوطء بالملك مباح ، وفي النكاح الفاسد محظور ، وإذا لم تقع الإباحة به كانت بأن لا تقع بالفاسد أولى .

---

(١) جاء في المغني : أنه يحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل (المغني : ٦٤٩/٦) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٣٠) .

(٤) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٥٨/٣ ، الأم : ٢٤٨/٥ - ٢٤٩ .

(٥) انظر : الأم : ٢٤٩/٥ ، مختصر المزني ص ١٩٧ .

(٦) في (م) : عز وجل .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

فصـل [١٣ - في أن الاعتبار في النكاح بقصد الناكح دون المطلقة] :

وإنما قلنا : إن الاعتبار بقصد الناكح دونها لأن العقد للناكح ، وهي على استيفاء المنافع ، فإذا لم يقصد هو الاستباحة لنفسه انتفى قصد [1] الاستباحة لغيره ، فقد قصد التحليل للأول لا غير ، ولأن قصد التحليل من غير من يملك الطلاق لا اعتبار به أصله الأجنبي .

* * *

(١) في : بقصده .

باب : [طلاق السنة وطلاق البدعة]

والطلاق ضربان : طلاق سنة وطلاق بدعة ، وفائدة وصفنا له أنه طلاق سنة أنه أوقع على الوجه الذي ندب المشرع إيقاعه ، وفائدة وصفه بأنه للبدعة وقوعه على الوجه الذي منع الشرع إيقاعه عليه ويتعلق بذلك ضرب ثالث ، وهو طلاق لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة ، وهو أن يكون جائزاً في كل الأحوال ، فإذا ثبت هذا فالسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين إلى الوقت والعدة :

فأما الوقت فإن السنة فيه : أن تطلق المرأة التي تحيض في طهر لم تمس فيه وألا يكون تالياً لحيض طلقت فيه ، فأما العدد فإن يطلق واحدة ثم يتركها تمضي في العدة ثم لا يتبعها طلاقاً ، ومتى انخرم من هذه الأوصاف شيء كان للبدعة دون السنة ، فإن طلقها حائضاً أو نفساء أو في طهر قد مس فيه ثلاثاً أو اثنتين في كلمة واحدة أو مفترقاً قاصداً ذلك في ابتدائه أن يفرقه على عدد أقرائها ، فكل ذلك للبدعة .

وطلاق الحائض والنفساء محرم ويلزم إن وقع ، فإن كان رجعياً أجبر على الارتجاع وإمساكها إلي أن تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق ، ولا يطلق في الطهر المتعقب للحيض الذي طلق فيه ، فإن فعل نفذ ولم يجبر على الارتجاع إن لم يرتجع حتى طهرت من الحيض المطلق فيه أجبر إلى أن تنقضي العدة عند ابن القاسم ، ويقطع الإجبار عند أشهب لمجيء الطهر الثاني الذي أبيح الطلاق فيه ، ويؤمر بالارتجاع إن طلق في طهر قد مس فيه ولا يجبر عليه ، فأما الذي لا يوصف بأنه سنة ولا بدعة فطلاق الصغيرة واليائسة لأنه مباح إيقاعه أي وقت شاء، وهذا إذا رجع به إلى الوقت ، فأما إن رجع به إلى العدد فلا تنفك مطلقة من أن يكون طلاقها لأحد الأمرين .

وفي طلاق غير المدخول بها حائضاً روايتان : الجواز والمنع ، فعلى رواية المنع

يوصف طلاقها في الطهر بأنه للسنة ولا يوصف بذلك على رواية الجواز ، لأن الأوقات تتساوي فيه كالصغيرة واليائسة ، ويطلق الحامل أي وقت شاء ، وتلحق بالضرب الثالث ، ويخرج في طلاقها حال حيضها روايتان بناء على التي لم يدخل بها [١] .

فصل [١ - طلاق السنة يكون في طهر] :

وإنما شرطنا في كونه للسنة أن يكون في طهر لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ [٢] ، فندب تعالى إلي أن يوقع الطلاق في حال تعتد فيها وذلك حال الطهر ، وفي حديث ابن عمر أنه طلق امرأته حائضاً فذكر عمر لرسول الله ﷺ فقال : « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » [٣] ، فأخبر أنها حال الطهر ، ولأن طلاق الحائض محرم بإجماع [٤] ، وما كان محرماً لا يكون للسنة.

فصل [٢ - في الطهر الذي لم يمسها فيه] :

وإنما شرطنا أن يكون الطهر لم يمس فيه لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن﴾[٥] ، وقرأها ابن عمر : « لقبل عدتهن » [٦] ، وفي حديث ابن عمر : « ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » [٧] ، ولأنه إذا وطئها في ذلك ثم طلقها

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/٦٦ - ٧٠ ، التفريع : ٢/٧٣ - ٧٥ ، الرسالة ص ٢٠١ - ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٦٢ - ٢٦٤ .

(٢) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٤) انظر المحلي : ١١/٤٤٩ ، فتح الباري : ٩/٢٨٩ ، شرح مسلم : ٦/٢٤٧ .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٦) روي ذلك عن ابن عباس (تفسير الطبري : ١٨/١٢٩) .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

ألبس عليها في العدة لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع ، وقد لا تحمل فتعتد بالإقراء فكره له ذلك ، ولأنها قد تحمل فيلحقه [٨] الندم .

فصـل [٣ - طلاق السنة لا يكون في الطهر التالي للحيضة] :

وإنما شرطنا أن يكون في طهر ثان دون الطهر التالي للحيضة التي طلقت فيها لقوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك » [٢] ، ولأنا لما أجبرناه على الارتجاع نظراً لها وجب [٣] أن ينظر له أيضاً بأن يكون له حظ في الرجعة من الاستمتاع ، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر التالي للحيض لم يطلق فيه على ما بيناه ثم يتعقبه الحيض ، فإذا طهرت منه جاز له الطلاق .

فصـل [٤ - بدعة الجمع بين ثلاثة تطليقات] :

وإنما شرطنا أن يطلق واحدة لأن الجمع بين ثلاث تطليقات أو اثنتين بدعة على ما بيناه ، وإنما منعنا أن يتبعها طلاقاً آخر في العدة أو يقصد تفريقه على الإقراء ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أن طلاق السنة أن يطلق ثلاثاً متفرقاً في كل قرء طلقة [٤] ، لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ [٥] ، وهذا طلاق لا يوجب عدة فكان ممنوعاً ، ولأن كل طلاق لا يوجب عدة في المدخول بها ، فإنه للبدعة أصله إذا أتى به قبل مجيئ القرء الثاني ، ولأنه مطلق ثلاثاً من غير حاجة كالذي يطلق ثلاثاً في كلمة واحدة . .

فصـل [٥ - في تحريم طلاق الحائض] :

وإنما قلنا : إن طلاق الحائض محرم لقوله تعالى: ﴿ فطلقوهن لعدتهن﴾[٦] ،

---

(١) في (ق) : يليها .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٣) في (م) : رغب .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٢ - ١٩٤ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٣٨ - ٣٩ .

(٥) ، (٦) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

وحال الحيض ليست حال عدة ولا طلاق للموقع فيه باتفاق ، ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر لما طلق امرأته : « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » [١] ، فأمر بارتجاعها على طريق العقوبة ، وأخبر بأن حال الطهر هي حال العدة التي أمر بالطلاق فيها ، ولأن فيه تطويلاً على المرأة في العدة وأذية لها ولا خلاف في ذلك .

فصــل [٦ - لزوم طلاق البدعة] :

وإنما قلنا : إنه محرم ويلزم إن وقع رجعياً كان أو بائناً خلافاً لمن قال : إنه لا ينفذ [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه : « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك [٣] ، وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » [٤] ، وفي حديث آخر : « أفتعتد بها » ؟ قال : « نعم » ، وإن ابن عمر قال : يا رسول الله ﷺ : « أرأيت لو طلقتها ثلاثاً ؟ قال : إذن بانت منك وعصيتك ربك » [٥] ، (وفي هذه الأخبار أدلة : أحدها الأمر بالمراجعة ولا تكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه ، والثاني قوله أفتعتد بها ؟ قال : نعم ، والثالث قول ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ يعني في الحيض قال : إذا بانت منك وعصيت ربك) [٦] ، وهذا نص ، ولأنها حال زوجية كالطهر ، ولأنه إزالة ملك بُني على التغليب والسِراية فلم يختص

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٢) لم يخالف في وقوعه ونفوذه إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة (انظر المغني : ٧/ ١٠٠) .

(٣) بعد ذلك : سقطت من (م) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٧) .

(٦) ما بين قوسين سقط من (ق) .

وقوعه بزمان دون زمان كالعتق ، ولأنها حال منع الطلاق فيها لحق المرأة فلم يمنع ذلك نفوذه إذا وقع كالطهر الذي مس فيه [(١)] .

فصـل [٧ - إجبار المطلق على الارتجاع] :

وإنما قلنا : أنه إن كان رجعياً أجبر على الارتجاع خلافاً للشافعي وأبي حنيفة[(٢)] لقوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها حتى تطهر » [(٣)] ، وهذا على وجوبه ، ولأنه لما طوّل عليها وأضر بها مع نهيه عن ذلك عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها .

فصـل [٨ - في عدم إجبار المطلق في طهر قد مس فيه على الرجعة] :

وإنما قلنا : إن المطلق في طهر قد مس فيه لا يجبر على الرجعة لأنه مطلق للعدة فلا يوجد فيه التطويل على المرأة كما يوجد فيمن طلق حال الحيض .

فصـل [٩ - في وجه قول ابن القاسم علي أنه يجبر على الارتجاع] :

ووجه قول ابن القاسم : إنه إذا لم يراجع حتى طهرت من الحيض [(٤)] الثاني بعد الذي طلقت فيه أنه يجبر على الارتجاع ما بقيت العدة ، قوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها » [(٥)] فأطلق ، ولم يقيد ، ولأن العدة باقية أصله ما لم تطهر الطهر الثاني ، ووجه قول أشهب : إنما قد صارت إلى حال لو أراد ابتداء إيقاع الطلاق فيها لكان ذلك له فلا معنى للإجبار على الارتجاع مع إباحة الطلاق .

فصـل [١٠ - طلاق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء] :

وإنما قلنا : إنه يطلق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء لأن أوقاتهما متساوية فيُؤمن

---

(١) في (ق) : الذي ليس فيه .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٩٢ ، الأم : ٥/ ١٨١ ، مختصر المزني ص ١٩١ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٤) في (م) : في حال الحيض .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

فيهما ما يخاف على الحائض والنفساء والطهر الذي قد مس فيه لأنهما إن كانت مدخولاً بهما ، فقد قال تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ [(١)] ، وهذا طلاق للعدة ، وإن كانت غير مدخول بهما فقد قال تعالى [(٢)] : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ﴾ [(٣)] فأطلق ، ولأنه ليس في ذلك تطويل في عدة ولا إلباس فجاز في كل وقت .

فصـل [١١ - هل يوصف طلاق الصغيرة واليائسة بأنه للسنة أو للبدعة ؟] :

وإنما قلنا : إن طلاقهما لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة من حيث الوقت لأن الوصف بذلك يتضمن كون المطلقة ممن يتأتى فيها الأمران ، فيقع كل واحد منهما بدلاً من صاحبه ، فأما من لا تختلف الأوقات عليها فلا حال لها للسنة ولا بدعة، فأما من حيث العدد فإنه يصح فيه لأنه إن طلق [(٤)] واحدة كان للسنة ، وإن جمع بين ثلاث أو اثنتين كان للبدعة على ما بيناه .

فصـل [١٢ - في طلاق غير المدخول بها حائضاً] :

ووجه القول بأن طلاق غير المدخول بها حائضاً جائز أنها حال لا يلحقها ضرر بالطلاق فيها ، فجاز ذلك اعتباراً بحال الطهر ، ووجه المنع أنه طلاق في الحيض فأشبه طلاق المدخول بها .

فصـل [١٣ - في طلاق الحامل والمستحاضة أي وقت شاء] :

وإنما قلنا : يطلق الحامل أي وقت شاء لقوله صلى الله عليه وسلم : « أو حاملاً قد استبان حملها » [(٥)] فأطلق ، ولأنها معتدة في الحال لأن عدتها وضع

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٢) تعالى : سقطت من (ق) .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٦ .

(٤) في (م) : إذا طلق .

(٥) أخرجه مسلم في الطلاق ، باب : تحريم طلاق الحائض : ٢/ ١٠٩٥ .

الحمل والتخريج في طلاقها حال حيضتها على ما ذكرناه ، ويطلق المستحاضة أي وقت شاء لأنها مطلقة للعدة في طهر لم تمس فيه كالتي ليست بمستحاضة وعدتها سنة إذا لم تميز لأن الاستحاضة ريبة ، فإن تحققت التمييز بين الوقتين اعتدت بالإقراء .

* * *

باب : [طلاق الصغير والمجنون وغيرهما]

ولا طلاق لمن لم يبلغ الحلم ولا لمجنون حال جنونه [1] لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : فذكر الصبي حتى يحتلم [2] ، والمجنون حتى يفيق [3] ، ولأنه إزالة ملك كالعتق ، ولأنه لا يصح نكاحه فلم يصح طلاقه اعتباراً لأحد الطرفين بالآخر .

فصل [١ - طلاق السكران] :

طلاق السكران لازم [4] خلافاً لمن ذهب إلى نفيه [5] ، لأن أحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية عليه كالقود إذا قتل ، والحد إذا زنى أو قذف ، ووجوب قضاء الصلاة فكذلك الطلاق ، ولأن كل من يحد إذا أوجد لفظ القذف منه ، فإنه إذا طلق نفذ طلاقه كالصاحي ، ولأنه حال لا تمنع حد القذف فلم تمنع نفاذ الطلاق كحال الصحو ، ولأن كل حال يلزمه قضاء الصلوات المتروكة وحد القذف فيها لزمه الطلاق الموقع فيها أصله الصحو [6] .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٢٧ ، التفريع : ٢/ ٧٥ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٦٢.

(٢) في (م) : حتى يبلغ .

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٢٦٢ .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٢٧ - ١٢٩ ، التفريع : ٢/ ٧٥ ، الكافي ص ٢٦٢ .

(٥) وهو قول عثمان رضي الله عنه ، ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاووس وربيعة ويحيى الأنصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبو ثور والمزني وأحد قولي أحمد (المغني : ٧/ ١١٥) .

(٦) في (ق) : الصحة .

فصـل [٢ - طلاق المكره] :

طلاق المكره غير واقع[١] خلافاً لأبي حنيفة[٢] ، لقوله صلى الله عليه وسلم: « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[٣] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق في إغلاق »[٤] ، قال أبو عبيد[٥] : هو الإكراه ، واعتباراً به إذا أكره على الإقرار بالطلاق بعلة أنه لفظ لو عري من الإكراه لزم به الطلاق فلم يلزم مع الإكراه ، ولأن كل حال لم يثبت معها حكم الإقرار بالطلاق لم يثبت معها حكم الإيقاع كالجنون والصغر .

فصـل [٣ - في طلاق النائم والمبرسم والمريض الهاذي] :

طلاق النائم والمبرسم[٦] والهاذي في غمرة المرض لا يلزم لأنهم في معنى المغلوب بالجنون[٧] .

فصـل [٤ - من تزوج ونسي وحلف بالطلاق] :

ومن تزوج ثم نسي فحلف بالطلاق فحنث ، فإن الطلاق يلزمه لأنه طلاق من مكلف صادف زوجية ، فوجب نفوذه أصله العمد[٨] .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/١٢٩ ، التفريع : ٢/٧٥ ، الكافي ص ٢٦٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٤٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) أخرجه أبو داود في الطلاق ، باب : الطلاق على غيظ : ٢/٦٤٢ ، وابن ماجه في الطلاق ، باب : طلاق المكره والناسي : ١/٦٦٠ ، والحاكم : ٢/١٦٨ ، وقال : على شرط مسلم .

(٥) انظر : غريب الحديث - لأبي عبيد .

(٦) المبرسم : هو الرجل إذا أخذ البرسام - بالكسر - وهو داء معروف ، وقيل : أنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ (ـ انظر المصباح المنير ص ٤٢ ، المغرب ص ٤٢) .

(٧) انظر : المدونة : ٢/١٢٧ - ١٢٩ ، التفريع : ٢/٧٥ ، الكافي ص ٢٦٢ .

(٨) انظر : المراجع السابقة .

فصـل [٥ - في عقد الطلاق قبل الزواج] :

عقد الطلاق قبل الزواج على ضربين : إن بقي معه ما لا يسد على نفسه طريق الإباحة [(١)] به صح ولزم ذلك نحو أن يعين بلداً بعينه أو قبيلة بعينها أو امرأة بعينها أو نوعاً من النساء معيناً أو صفة مخصوصة منهن مثل أن يقول : كل امرأة يتزوجها من العراق أو من العجم ، أو كل بكر أو كل سوداء أو كل من لها ولد أو ما أ شبه ذلك ، وكذلك إن عم أو خص أجلاً بعينه يبلغه عمره كالسنة وفي الستين على حسب عمره وقت اليمين ، فإن لم يبق لنفسه شيئاً ، بل عم وسد طريق الإباحة بهذا النوع جملة لم ينفذ طلاقه ولم ينعقد يمينه ، وكان له أن ينكح من غير حنث يلزمه [(٢)] .

فصـل [٦ - في لزوم الطلاق مع التعيين] :

وإنما قلنا : إذا عين يلزمه خلافاً للشافعي [(٣)] في قوله : لا يلزمه على كل وجه[(٤)] ، لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [(٥)] ، ولأنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيها ابتداء إيقاعه ، فصح ذلك اعتباراً به إذا أضافه حال الملك ، مثل أن يقول لزوجته : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، ولأنه معنى يصح مع الجهل والغرر، فجاز عقده بشريطة ملكه في ثاني حال أصله الوصية والنذر .

فصـل [٧ - لا يلزم الطلاق إذا عمم] :

وإنما قلنا : لا يلزم إذا عم خلافاً لأبي حنيفة [(٦)] لقوله عز وجل : ﴿ لا

---

(١) في (م) : الاستباحة .

(٢) انظر : المدونة : ١٢٦/٢ - ١٢٧ ، التفريع : ٨٣/٢ - ٨٦ ، الكافي ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٣) انظر : الأم : ١٨٣/٥ - ١٨٤ ، مختصر المزني ص ١٩١ - ١٩٣ ، الإقناع ص ١٥١ .

(٤) في (م) : على كل حال .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(٦) : مختصر الطحاوي ص ١٩٨ - ١٩٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣٨/٣ .

تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ﴾ [1] ، ولأنه سد على نفسه طريق استباحة البضع فوجب أن يلزمه لأن في ذلك تعريض نفسه للزنا وما أدى إلى ذلك فهو ممنوع [2] ، أصله عدم الحر لمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأَمَة لأنه لو لم يجز ذلك لأدى إلى التعرض للزنا كذلك في مسألتنا .

فصـل [٨ - إذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها] :

إذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها ودخل بها فلها المهر المسمى لا زيادة عليه [3] ، وقال أبو حنيفة : لها مهر ونصف [4] ، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يخلوا أن يكون بهذا الوطء زانياً أو واطئاً بشبهة العقد الأول ، ولا يجوز أن يكون زانياً لأنه كان يجب أن يكون عليه الحد وليس ذلك بقول أحد ، ولأن الحد والمهر لا يجتمعان عندهم ، وإن كان واطئاً بشبهة العقد الأول لم يلزمه إلا مهر واحد اعتباراً بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطء فيها .

فصـل [٩ - تعليق الطلاق بصفة] :

إذا علق الطلاق بصفة لم يقع إلا بوقوعها [5] كقوله : إذا دخلت الدار أو كلمت زيداً أو لبست هذا الثوب أو ما أشبه ذلك مما يمكن أن يقع أو أن لا يقع إن علقه بأجل تنجز [6] في الحال وحصر هذا الباب : أن ما تعلق الطلاق بوقوعه على ثلاثة أضرب : منه ما يجوز أن يقع أو يجوز أن لا يقع ولا يغلب فيه [7] على أحد الأمرين كدخول الدار أو قدوم زيد ، فهذا يقف طلاقه على حصوله من غير خلاف [8] .

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٨٧ .

(٢) في (م) : فموضوع .

(٣) انظر : التفريع : ١٠٩/٢ ، الكافي ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني: ٤٦/٣ .

(٥) في (ر) : ببلوغه .

(٦) في (ر) : فينجز .

(٧) فيه : سقطت من (ق) .

(٨) انظر : بداية المجتهد : ٤٦/٧ - ٤٧ ، المغني : ١٨٦/٧ .

ومنه ما لا بد من وقوعه كمجيئ الشهر والسنة ، وهذا يتنجز عندنا [(١)] خلافاً للشافعي وأبي حنيفة [(٢)] ، لأن تأجيله يقتضي توقيت استباحة الوطء بمدة يحرم عند مجيئها ، وذلك غير جائز اعتباراً بنكاح المتعة .

ومنه ما يغلب فيه الوقوع ويمكن أن يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيئ الحيض والطهر ، فهذا النوع فيه روايتان [(٣)] : إحداهما تنجز الطلاق الموقع فيه ، والأخرى تأجيله ، فوجه التنجيز اعتبار الغالب بالمتحقق لأن ذلك غالب الأصول كمنع المريض من أكثر من ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه الخوف وما أشبهه من نظائره ، وكذلك الاستثقال في النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث أجرى مجرى التحقيق [(٤)] ، ووجه التأجيل اعتباره بما يمكن أن يكون ويمكن أن لا يكون كدخول الدار وكلام زيد .

فصل [١٠ - في تعليق الطلاق بالمشيئة] :

تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب [(٥)] : منه تعليق بمشيئة الله تعالى ، فهذا لا ينفي وقوع الطلاق ولا يؤثر فيه أصلاً على أي وجه كان من إرادة الشرط به أو الاستثناء ، ومنه تعليق بمشيئة من يصح منه مشيئته ويتوصل إليها كزيد وعمرو، ومشيئة المطلقة نفسها ، وهذا يقع على وجود المشيئة المعلق بها ، ومنه تعليق الطلاق بمن لا مشيئة له أو لا حكم لمشيئته كالحجر والجمادات أو الصبي والمجنون وغيره ، فيه خلافاً قيل : يلزمه الطلاق ، وقيل : لا يلزمه والصبي والمجنون يخرجان عن هذا .

فصل [١١ - في عدم تأثير قوله : إن شاء الله في الطلاق] :

وإنما قلنا : إن قوله : إن شاء الله لا يؤثر في رفع الطلاق خلافاً لأبي حنيفة

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٨٣ - ٨٤ ، الكافي ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٨ - ١٩٩ ، الأم : ٥/ ١٨٤ .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ١١٦ - ١١٩ ، التفريع : ٢/ ٨٤ ، الكافي ص ٢٦٦ .

(٤) في (م) : المحقق .

(٥) انظر : المدونة : ٢/ ١٢٢ ، التفريع : ٢/ ٨١ ، الكافي ص ٢٦٨ .

والشافعي [1] ، لأنه لو أثر في ذلك لم يخل أن يكون تأثيره من حيث الشرط أو الاستثناء ، فإن كان من حيث الشرط فلا يصح لأنه لا يخلوا أن يكون لنا سبيل إلى العلم بحصوله أو لا سبيل لنا إلى ذلك ، فإن كان لنا سبيل إلى ذلك وقف الأمر عليه وليس هذا مذهبهم لأنهم لا يترقبون شيئاً ويقطعون بانتفاء الطلاق ، ولأنه لا شيء يترقب ، وإن كان لا سبيل لنا إلى العلم به فتعليق [2] الطلاق به هزل وعبث كقوله : أنت طالق إن كان الله [3] قد خلق اليوم في قعر البحر القلزم [4] حوتاً طوله كذا وكذا ذراعاً وغير ذلك مما لا سبيل إلى العلم به ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد : فذكر الطلاق»[5] وإن كان من حيث الاستثناء فلا يصح أيضاً لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها وقوله : أنت طالق إيجاب في إيقاع [6] فلا مجال للاستثناء فيه لأن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة كالكفارة ، وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة في الطلاق فكذلك الاستثناء ، ولأن الكفارة أقوى لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة والاستثناء لا يؤثر إلا متصلاً ، فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق فالاستثناء أولى ، ولأنه استثناء في طلاق يرفع جميعه في الحال والمآل ، فوجب أن لا تعمل فيه كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٩ ، مختصر المزني ص ١٩٤ .

(٢) في (م) : فتعلق .

(٣) في (ق) : إن شاء الله .

(٤) البحر القلزم : المكان الذي غرق فيه فرعون وآله وهو ما يعرف اليوم بالبحر الأحمر (معجم البلدان : ٤/ ٣٨٧) .

(٥) أخرجه أبو داود في الطلاق ، باب : في الطلاق على الهزل : ٢/ ٦٤٣ ، وابن ماجه في الطلاق ، باب : من طلق أو نكح : ١/ ٦٥٨ ، والترمذي في الطلاق ، باب : ما جاء في الجد والهزل في الطلاق : ٣/ ٤٩٠ ، وقال : حديث حسن غريب ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد : ٢/ ١٩٨ .

(٦) في (ق) و(ر) : إيجاب لإيقاع .

فصـل [١٢ - إذا استثنى عدداً من الطلاق] :

إذا استثنى عدداً من الطلاق فإن بقي منه شيء صح استثناؤه كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو إلا اثنتين ، لأنه في الأول يطلق اثنتين وفي الثانية يطلق واحدة ولا فرق بين استثناء قليل من كثير أو كثير من قليل ، وإن لم يبق شيئاً لم يصح وكان رجوعاً لا استثناء كقوله واحدة ، أو إلا واحدة ، أو اثنتين إلا اثنتين أو ثلاثاً إلا ثلاثاً ، فإن قال : طالق أربعاً إلا ثلاثاً (لم يصح وكان رجوعاً وطلقت ثلاثاً لأن ما زاد على الثلاث لغو كأنه قال : ثلاثاً فيرد استثناء) [(١)] ثلاث على ثلاث فلا يصح [(٢)] .

فصـل [١٣ - في الاشتراط بمشيئة زيد] :

وإنما قلنا : إن الاشتراط بمشيئة زيد يصح ممن تصح مشيئته ويتوصل إلى العلم بها فكان كسائر الشروط كقوله : إن دخلت الدار وما أشبهه .

فصـل [١٤ - القول في لزوم الطلاق في الحجر وغيره] :

ووجه القول في الحجر وغيره : إن الطلاق يلزمه أنه هزل ، ووجه نفي اللزوم عدم الشرط الذي علق الطلاق به ، والأول أصح .

فصـل [١٥ - صريح الطلاق وكناياته] :

الطلاق يقع بالنطق وبعمل الجارحة ، وإن لم يقارنه نطق ، وفي وقوعه بمجرد عقد القلب خلاف [(٣)] ، فأما النطق فضربان صريح وكناية :

فالصريح : ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كقوله [(٤)] : أنت طالق

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر المدونة : ٢/١٢١ - ١٢٢ ، التفريع : ٢/٧٥ ، الكافي ص ٢٦٨ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/٧٨ ، الكافي ص ٢٦٥ .

(٤) في (م) : مثل قوله .

وأنت الطلاق وأنت مطلقة ، وقد طلقتك والطلاق بها لازم ، وقد أوقعت عليك الطلاق ، وأنا طالق منك وما أشبه ذلك مما ينطق فيه بالطلاق ، وكل هذا صريح، فإن قرنه بذكر عدد وقع من العدد ما قرنه به واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً كذلك إن نواه به ولم ينطق به ، وإن أطلق فقال : أنت طالق أنت طالق [١] أو مطلقة ، وقال : لم أرد شيئاً ، فالظاهر واحدة إلا أن يريد الثلاث .

والكناية ضربان : كنايات ظاهرة وكنايات مجملة [٢] غير ظاهرة ، فالظاهرة هي ما جرى العرف بأن يطلق بها في اللغة والشرع مثل قوله : أنت خلية أو برية وبائن وبتة وبتله وحبلك على غاربك ، وأنت حرام وأنت عليّ كالميتة والدم ولحم الخنزير ، وكذلك الفراق والسراح واعتدى ، هذه الألفاظ إذا وردت على المدخول بها ابتداء أو عند سؤالها الطلاق كانت طلاقاً ثلاثاً ولا يقبل منه أنه لم يرد بها طلاق ولا أنه أراد ما دون الثلاث إلا في قوله : اعتدى إلا أن يكون على وجه الخلع فيقبل منه ما يدعيه من الطلاق أو يدعى أنه لم يرد طلاقاً أصلاً ، وقد تقدمها كلام يصلح أن يكون جواباً عنه على ما ادعاه ، نحو أن يكون قد حبسها في دين له عليها فتسأله التخلية من حبسها فيقول : أنه مخلاة أو قد خليتك ، وكذلك إذا دفع إليها دنانير وقال : اعتدى وأراد الدنانير فيقبل منه ، وكذلك لو قرن [٣] الصريح بما يفيد هذا المثل أن تكون موثقة قدم [٤] أو قيد فتقول : أنت طالق يريد من الوثاق فيقبل منه ، فأما إن وردت هذه الألفاظ على غير مدخول بها ، فإن قال : لم أرد بها شيئاً ، فالظاهر أنها ثلاث ، فإن ادعى في غير البتة أنه أراد دون الثلاث قبل منه ، وفي البتة خلاف عنه وكذلك في الفراق والتخلية في المدخول بها .

فأما الكنايات المحتملة فمثل قوله : اذهبي وانصرفي واخرجي واغربي ، فهذا

---

(١) أنت طالق : سقطت من (م) .

(٢) في (ر) : محتملة .

(٣) في (ر) : فرق .

(٤) قدم : سقطت من ق و(ر) .

يقبل منه ما يدعيه أنه أراد به من طلاق وغيره من قليل العدد وكثيره ، وضرب ثالث من النطق وهو ما [1] ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته مثل قوله : اسقني ماءاً وما أشبه ذلك ، فإذا ادعى أنه أراد به الطلاق فقيل : يكون طلاقاً ، وقيل : لا يكون طلاقاً ، وأما العمل بالجارحة فنحو أن تسأله الطلاق فيشير إشارة يفهم منها إصابته إلى سؤالها ، فإذا قال : أردت الطلاق قُبل منه ، وكذلك إذا كتب الطلاق بيده وأراد به الطلاق كان طلاقاً ، وإن لم يرد به الطلاق، وقال: أردت أن انظر وأفكر ، فذلك له ما لم ينفذ الكتاب [2] ، فأما عقد الطلاق وإيقاعه بالقلب مجرداً من غير أن يقارنه بعض [3] ذلك ، ففيه روايتان : إحداهما وقوعه ، والأخرى إلا أن ينضم إليه لفظ وما في معناه [4] .

فصل [١٦ - فيما تضمن لفظ الطلاق] :

وإنما قلنا : إن كل ما تضمن لفظ الطلاق كان صريحاً ، لأن كل ما يراد به الطلاق من سائر الألفاظ التي يطلق بها ، فهي عبارة عنه وكناية وليس الطلاق كناية عنها ألا ترى أنه إذا قيل له : ما الذي أردت بقولك : أنت خلية وبرية وبائن وحرام صح [5] أن يقول : عبرت به عن الطلاق ، ولا يصح أن يقال : ما الذي أردت بقولك : أنت طالق ، فيقول : أردت أنها خلية وبرية وبائن ، لأن ذلك عكس ونقض الأصول .

فصل [١٧ - في الكناية الظاهرة] :

وإنما قلنا في الكناية الظاهرة : إنه إذا قال : لم أرد به الطلاق لم يقبل منه[6]

---

(١) ما : سقطت من (م) .

(٢) في (ق) : الطلاق .

(٣) في (و) : في .

(٤) في جملة أحكام الطلاق الصريح والكناية وأقسامها انظر : الموطأ : ٢/ ٥٥٠ - ٥٥٢، التفريع : ٢/ ٧٤ ، الرسالة ص ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٦٤ - ٢٦٥ .

(٥) في (م) : صلح .

(٦) وهذا على المشهور في المذهب (انظر الفواكه الدواني : ٢/ ٣٧) .

خلافاً للشافعي [١] ، لأن عرف الشرع جار بأن النساء [٢] يطلقون بها ابتداء أو جواباً عن مسألة الطلاق ، فلا يصدق فيما ينفيه العرف .

وإنما قلنا : إنه لا يقبل منه أنه أراد دون الثلاث في المدخول بها خلافاً للشافعي[٣] ، لأن قوله : أنت حرام وبائن وبتة وبتلة وبرية إيقاع الطلاق بهذه الألفاظ كأنه قال : أنت طالق طلاقاً تحرمين به عليّ وتبينين به عني [٤] وتنبت العصمة به بيني وبينك وأخلوا به من زوجتك ويبرأ أحدنا من الآخر ، وهذا لا يكون في المدخول بها إلا ثلاثاً إلا على وجه الخلع ، فإذا قال في غير الخلع : أردت به ما دون الثلاث كان كما لو قال : أنت طالق ثلاث ، وقال : أردت واحدة ، لأن الرجوع في الصفة كالرجوع في العدد ، وكذلك قلنا في غير المدخول بها أنه يقبل منه لأنه يصح منه هذه المعاني لما دون الثلاث ، وإن لم ينو ذلك ، فالظاهر هو الثلاث في الجميع على ما بيناه لأنها ألفاظ مبنية للمبالغة في الفرقة .

فصل [١٨ - في قوله : البتة] :

ووجه قوله في البتة : إنه يقبل منه إرادته ما دون الثلاث في التي لم يدخل بها فلأن المعنى يحصل فيها وهو انبتات العصمة ، ووجه القول : إنه لا يقبل منه لأن البتة كناية عن الطلاق [٥] الثلاث فلا ينتفي بإرادته ما دونه .

فصل [١٩ - في قوله : أنا منك طالق] :

وإنما قلنا : إن قوله : أنا منك طالق يكون طلاقاً خلافاً لأبي حنيفة [٦] ، لأن

---

(١) انظر : مختصر المزني ص ١٩٢ - ١٩٣ ، الإقناع ص ١٤٦ .

(٢) في (م) : الناس .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ١٩٢ ، الإقناع ص ١٤٦ .

(٤) في (ق) : عليّ .

(٥) الطلاق : سقطت من (م) .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء : ١/١٨٨ - ١٨٩ .

كل لفظ إذا استعمل في الطلاق مضافاً إلى الزوجة كان طلاقاً ، فكذلك إذا أضافه الزوج إلى نفسه أصله قوله : أنا منك بائن وأنا عليك حرام .

فصل [٢٠ - إذا قال : أنت طالق وأراد به ثلاثاً] :

وإنما قلنا : إنه إذا قال : أنت طالق وأراد ثلاثاً ، فإنه يكون ثلاثاً خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنها تكون واحدة (١) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « وإنما لامريء ما نوى » (٢) ، ولأن قوله : أنت طالق صيغة (٣) محتملة للعدد قابلة له، واللفظ المحتمل للشيء إذا نوى به ما يحتمله كان كما نوى به اعتباراً بقوله : أنت الطلاق ويبين احتماله للعدد أنه لو صرح به فيه لصح ولا يجوز أن يفسره بما لا يحتمله ، ولأن كل لفظ بالطلاق لو صرح فيه (٤) بالثلاث لصح استعماله فيه، فكذلك إذا أريد به أصله أنت بائن وأنت الطلاق .

فصل [٢١ - في قوله : اعتدى] :

وإنما جعلنا قوله : اعتدي ابتداء أنها (٥) من الكنايات الظاهرة خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لو قال : أردت الطلاق لم يقبل منه (٦) ، لأنه الظاهر أنه كناية عن الطلاق وأمر بالاعتداد منه لأنه لو لم يكن كذلك لم يكن بد من أحد أمرين: إما أن يكون مصروفاً إلى غيره ، وذلك مفتقد (٧) إلى شاهد حال أو سبب يدل عليه ، أو يسقط فلا يكون له حكم ، وذلك لا سبيل إليه في ألفاظ العقلاء التي لها مقاصد تصلح أن تراد بها فلم يبق إلا ما قلناه .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٤١ .
(٢) سبق تخريج الحديث.
(٣) في (م) : صفة .
(٤) في (م : نفيه .
(٥) ابتداء أنها : سقطت من (م) .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٤١ - ٤٢ .
(٧) في (م) : مفتقر .

فصل [٢٢ - الكنايات يقارنها شاهد حال] :

وإنما قلنا : إن هذه الكنايات إذا قارنها شاهد حال يدل على أنه أراد بها ما يدعيه قبل قوله فيها ، لأن العرف يشهد له حينئذ فليس في دعوى تكذيب له لأن الصريح أقوى من الكناية ولو ادعى في الصريح خلاف موضوعه في الشرع وهناك شاهد حال يصدقه قبلت دعواه فالكناية أولى .

فصل [٢٣ - الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق] :

ووجه قوله في الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق أنها تكون طلاقاً بالقصد أنه لفظ قصد به الطلاق ، فأشبه ما هو كناية [١] ، ولأنه مبني على التغليب والاحتياط ، ووجه الاتفاق على أنه لو ضربها [٢] أو مسها بيده وقال : أردت الطلاق ، أنه لا يكون طلاقاً لأنه لم يأت بصريح الطلاق ولا بكنايته ، فكذلك هاهنا [٣] .

فصل [٢٤ - كتابة الطلاق باليد] :

وإنما قلنا : إن كتابة الطلاق باليد تكون طلاقاً إذا نواه خلافاً للشافعي [٤] ، لأن الكتابة مواضعة يعبر بها عما في القلب ، فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ ، وكذلك الإشارة التي يفهم منها الطلاق من الناحية الأُخرى .

فصل [٢٥ - الطلاق بالقلب] :

فأما الطلاق بالقلب من غير نطق ، فوجه إيقاعه أن اعتقاد القلب لما كان لا بد منه في وقف إيقاع الطلاق وكان حظ النطق إفهام الغير والتعبير عما في النفس عما جرى الخط والرمز وغير ذلك مما وضع للإخبار عما في النفس ، وذلك غير

---

(١) في (م) : من كنايات .

(٢) في (م) : أضر بها .

(٣) في (م) : هذا .

(٤) انظر : المهذب : ٢/ ٨٣ .

مشترط [1] في الإيقاع كان مجرد الاعتقاد كافياً ، ولأنه نوع تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد ، وإن عرى من النطق أصله الكفر ، فوجه نفيه قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تنطق به أو تعمل به » [2] ، ولأنه أحد طرفي العقد فكان نطقاً كالنكاح ، ولأنه معنى يتعلق به تحريم الوطء فلم يقع بالاعتقاد كالبيع .

فصـل [٢٦ - في طلاق التي لم يدخل بها بالواحدة والثلاث] :

التي لم يدخل بها تبين بالواحدة لأنه لا رجعة له عليها لانتفاء العدة عنها ، ويصح إيقاع الثلاث عليها بلفظ واحد [3] خلافاً لمن حكي عنه منعه [4] ، ولأنها زوجته ، فجاز أن يلحقها إيقاع الطلاق الثلاث في لفظ واحد كان كالمدخول بها، ولأنه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً فذلك تفسير لمراده باللفظ الذي يصح [5] أن يراد به فلم يمتنع .

فصـل [٢٧ - إيقاع الطلاق الثلاث عليها بثلاثة ألفاظ متناسقة] :

ويصح أن يوقع الطلاق الثلاث عليها بثلاثة ألفاظ متناسقة متتابعة غير متراخية وذلك أن يقول : أنت طالق ، أنت طالق [6] ، أنت طالق ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [7] ، لأن كل زوجة ملك إيقاع الطلاق الثلاث عليها في لفظ

---

(١) في (م) : شرط .

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : الطلاق في الإغلاق : ٦/١٦٩ ، ومسلم في الإيمان ، باب : تجاوز الله عن حديث النفس : ١/١١٦ - ١١٧ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/١٠٩ ، الرسالة ص ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٦٢ .

(٤) انظر : المغني : ٧/١٠٤ .

(٥) في (م) : يصلح .

(٦) انظر : التفريع : ٢/٨١ ، الرسالة ص ٢٠١ ، الكافي ص ٢٦٢ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٦ ، الأم: ٥/١٨٢ ، مختصر المزني ص ١٩١.

واحد صح أن يوقعه بثلاثة ألفاظ : (كالمدخول بها ولأن المتناسق في حكم الواحد [1]) [2] .

فصـل [٢٨ - في التفريق بين ألفاظ الطلاق الثلاث] :

ولا يقع إن فرق بين الألفاظ وحصل [3] التراخي بين كل لفظة إلا واحدة فقط لأن اللفظة [4] الثانية تقع عليها بعد البينونة واستقرار الفراق بالأولى فلا يؤثر ، وبذلك فارق المتناسق لأن اللفظة الأولى لا يستقر حكمها إلا بالفراغ من الباقيتين.

فصـل [٢٩ - في تطليق البعض] :

الطلاق مبني على السراية والتغليب ، فإذا طلق البعض يسري إلى الكل ، وذلك على وجهين : أحدهما تبعيض الجزء لقوله : ربعك أو خمسك طالق ، والآخر تعيين عضو كقوله : يدك أو رأسك أو رجلك أو فرجك طالق ولا يراعى فيه قلة الجزء وكثرته ولا عين العضو أو الشيء المعين منها مثل كونه يداً أو رأساً أو شعراً أو سناً أو لحماً أو عظماً [5] .

فصـل [٣٠ - وقوع طلاق البعض] :

وإنما قلنا : إنه إذا طلق البعض سرى إلى الكل خلافاً لمن قال : لا يقع طلاقاً أصلاً [6] ، لأن الطلاق لما لم يصح تبعيضه لم يكن بد من أحد ثلاثة أمور : إما أن يقتصر بالتحريم على قدر ما يتناوله اللفظ وذلك ممتنع ، أو أن يسقط فلا يكون له حكم ، وذلك غير جائز لأنه يسقط التغليظ الذي هو موضوع الطلاق ، (أو

---

(١) في (ر) : المجموع .
(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .
(٣) في (ق) : يحصل .
(٤) في (ق) و(ر) : الطلقة .
(٥) انظر : الكافي ص ٢٦٧ - ٢٦٨ .
(٦) قال ذلك أصحاب الرأي (المحلي : ١١/٤٩٣ ، المغني : ٧/٢٤٦) .

لن يعلم الكل ويسرى فيه وذلك ما قلناه)[1] ، ولأنه لفظ تحريم في الزوجة فلم يسقط حكمه كما لو عم ، وإذا بطل ذلك لم تبق إلا السراية ، ولأنه إذا اجتمع الحظر والإباحة في شخص غلب عليه حكم الحظر كالأمة بين شريكين والمعتق بعضها والشاة يذبحها المسلم والمجوسي .

فصل [٣١ - في طلاق عضو معين] :

وإنما قلنا : إذا عين عضواً منها طلقت أي عضو كان خلافاً لأبي حنيفة في اعتباره أن يكون مما يعبر به عن الجملة[2] كالرأس والفرج ، لأنه بعض منها فأشبه الرأس والفرج ، ولأن البعضية بالجزء لما عمت فكذلك بالأعضاء .

فصل [٣٢ - الشك في الطلاق وفي عدده] :

إذا شك هل طلق أم لم يطلق فلا شيء عليه ، فإن طلق وشك فيما أراد به هل أراد واحدة أم اثنتين أم ثلاثاً كانت ثلاثاً إن لم يتحقق مراده[3] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4] ، لأن التحريم متحقق ، وإنما شك هل ترفعه الرجعة أم لا فحصل أنه شاك هل يمكنه رفع ذلك التحريم أم لا ، فيجب أن يغلب التحريم كما لو شك في امرأتين يتيقن أن إحداهما أخته من الرضاعة ويشك في عينها فإنهما تحرمان عليه .

فصل [٣٣ - إذا قال : إحدى زوجاته طالق ولم يعينها] :

إذا قال لإحدى زوجاته : أنت طالق ولم يعينها ففيها روايتان[5] : إحداهما وقوع الطلاق على الجميع ، والأخرى أنه يختار واحدة منهن ، فوجه الأولى أنه

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٤٤ - ٤٥ .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ١١٩ - ٢١٠ ، التفريع : ٢/ ٨٦ ، الكافي ص ٢٦٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٩ ، مختصر المزني ص ١٩٥ .

(٥) انظر : المدونة : ٢/ ١٢١ - ١٢٢ ، الكافي ص ٢٧٠ .

لو لم يطلق الجميع لم يخل إيقاعه على واحدة أن يكون ابتداء ، وذلك [1] غير جائز لأنا نروم [2] تنفيذ [3] الطلاق الموقع دون شيء مبتدأ أو أن يكون بالقرعة فلا يصح [4] أيضاً لأنها لا [5] تدخل إلا فيما يتجزأ وينقسم ، وذلك ممتنع في الطلاق ، أو أن يتعين بتعيينه وذلك غير جائز لأن الطلاق إذا صدر من مكلف فلا بد له من محل يتعلق به ، وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في تأتي إخراجه عن محل يتعلق به ، وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في تأتي إخراجه عن محل ينفذ فيه وتبقيته في الذِّمَّة إلى أن يعين له محلاً وذلك جائز فلا يبقى إلا ما قلناه ، ووجه الاختيار أنه إزالة ملك وقع مطلقاً غير معين ، فكان للمالك تعيينه في كل من يصح أن يريده به أصله العتق .

فصل [٣٤ - إذا عين وشك في التي نسيها] :

وأما إن عين وشك في التي نسيها فإن الكل يطلق عليه كما لو عرف عين من ذبح الشاة وشك هل هو مسلم أو مجوسي ، ولأنه يحصل شاكاً في كل واحدة منهن هل [6] تحل له أو هي حرام عليه كالشاك في امرأتين أيتهما أخته من الرضاعة مع تيقنه أنها إحداهما .

فصل [٣٥ - إذا شك في مراده بالطلاق]

وإذا شك في مراده بالطلاق هل أراد واحدة أو اثنتين أم ثلاثاً ؟ فإن أبانها في العدة حلت له بعد زوج لأنه لا يخلو طلاقه الأول أن يكون واحدة أو اثنتين [7] أو ثلاثاً ، فإن كان دون الثلاث صارت الثلاث مردفة بما فيه على ما تقدم

---

(١) في (م) : وغير ذلك .
(٢) نروم : أي نريد .
(٣) في (ر) : بتقييد .
(٤) في (ر) : فلا يصلح .
(٥) في (ق) : لم .
(٦) في : ولا .
(٧) اثنتين : سقطت من (م) .

منها ، فكان كمبتدىء إيقاعها ، وإن كانت الأولى ثلاثاً فالثاني لغو ، وتحل بعد زوج .

فصــل [٣٦ - المسألة الدولابية] :

فإن كانت غير مدخول بها أو كانت مدخولاً بها إلا أنها خرجت من العدة وهو على كل شكه [١] ، فقد بينا أنها لا تحل له إلا بعد زوج بناء على أن الطلاق المشكوك فيه يكون ثلاثاً ، فإذا تزوجت وبانت من ذلك الزوج ثم عادت إليه فطلقها فلا يخلو أن يطلقها ثلاثاً أو دونها ، فإن طلقها ثلاثاً حلت له بعد زوج ، وإن طلقها واحدة لم تحل له أيضاً [٢] إلا بعد زوج لجواز أن يكون ذلك الطلاق المشكوك فيه كان اثنتين وقد كمل بهذه الواحدة ثلاثاً فأخذنا بالأغلظ تغليباً للتحريم ، فإذا تزوجت ثم عادت إليه بنكاح جديد وبينونة من ذلك الزوج فطلقها واحدة لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج لجواز أن يكون الأول المشكوك فيه كان [٣] واحدة ، وقد تبعته طلقتان مفردتان فكمل ثلاثاً ، إذا تزوجت ثم عادت إليه بعد ثلاثة أزواج فهل تعود عنده على الشك عنه ، ففيه [٤] روايتان [٥] : فوجه زوال الشك هو أنه قد تيقن [٦] الطلاق الثلاث ، فزال حكم الشك أصلاً إذا طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة ، ووجه قوله : إنها لا تحل له إلا بعد زوج كلما طلقها واحدة ولو عادت بعد مائة زوج أنه إذا طلق الثلاثة وعادت إليه بعد زوج فتقدير الشك في الطلاق الأول ثابت غير زائل اعتباره كوجوبه قبل كمال الثلاث، وهذه المسألة التي يسميها أصحابنا الدولابية لأن المنع دائر معها كيف[٧] ما دارت.

---

(١) في (م) : على ملكه .

(٢) أيضاً : سقطت من (م) .

(٣) في (م) : كانت .

(٤) ففيه سقطت من (م) .

(٥) انظر : المدونة : ٢/١١٩ - ٢٢٠ ، التفريع : ٢/٨٦ ، الكافي ص ٢٦٩ .

(٦) بياض في (ق) و(م) وأكمل النقص من (ر) .

(٧) في (ر) : حيث .

فصـل [٣٧ - إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت] :

إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت إليه قبل أن تتزوج ، فإنها تعود على ما بقي من الطلاق بلا خلاف ، فإن تزوجت ثم عادت إليه فإنها تعود إليه كذلك عندنا[١] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنها تعود على طلاق مبتدأ وأن الزوج قد هدم ذلك الطلاق [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ [٣] ثم قال : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ [٤] ، ولم يفرق بين أن يكون قد تخلل ذلك زوج أو لا ، وأنه لم يستوف طلاق الملك فوجب عودها إليه على بقية الطلاق أصله إذا عادت قبل الزوج .

فصـل [٣٨ - إذا حلف بالطلاق على شيء أنه لا يفعله] :

إذا حلف بالطلاق على شيء أنه لا يفعله فطلقها ثم تزوجها ، فإن اليمين تعود عليه ما بقي من الطلاق المحلوف عليه [٥] خلافاً للشافعي في قوله الآخر [٧] : أن زوال النكاح الذي حلف فيه يسقط حكم اليمين ، لأنها حال يملك فيها ابتداء إيقاع الطلاق المحلوف به فتعلق الحنث بها كالنكاح المحلوف فيه .

فصـل [٣٩ - إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ..] :

وإذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج لم يحنث بعد فعله ولم تعد اليمين عليه[٧] خلافاً للشافعي في قوله الآخر : أن اليمين تعود إليه [٨] ، لأن الطلاق

---

(١) انظر : التفريع : ٧٨/٢ ، الكافي ص ٢٦٩ .

(٢) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٥٨/٣ - ٥٩ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

(٥) انظر : التفريع : ٧٨/٢ ، الكافي ص ٢٦٩ .

(٦) انظر : المهذب : ٩٩/٢ ، ١٠٩ .

(٧) انظر : التفريع : ٧٨/٢ ، الكافي ص ٢٦٨ - ٢٦٩ .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ١٩٧ ، المهذب : ١١٠/٢ .

المحلوف به قد زال فلم يبق لليمين مع حكم ، أصله لو حلف بعتق عبده لا فعل شيئاً ، فمات العبد قبل الفعل .

فصــل [٤٠ - في الرجعة] :

الأصل في ثبوت الرجعة [١] قوله تعالى : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ [٢] ، وقوله : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف ﴾ [٣] قيل : هي الرجعة [٤] ، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر : « مره فليراجعها » [٥] ، ولا خلاف في ذلك [٦] .

فصــل [٤١ - استحباب الإشهاد على الرجعة] :

يستحب في الرجعة الإشهاد وليس بشرط [٧] خلافاً للشافعي [٨] ، لأنها حق[٩] من حقوق النكاح ، كالظهار والإيلاء والقسم وغير ذلك من حقوقه ، ولأنه معنى يبيح الوطء كشراء الأَمَة ، ولأنه ليس بآكد من عقد النكاح ، وقد بينا أن الإشهاد ليس بشرط فيه .

---

(١) الرجعة : هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ١٩٩) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(٤) تفسير الطبري : ٢/٤٥٦ - ٤٥٩ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٦) انظر : الإجماع ص ١١٢، المحلي : ١١/ ٦١٠ ، المغني : ٧/٢٧٨ ، فتح الباري: ٩/٢٨٦ .

(٧) انظر : المدونة : ٢/٢٢٤ ، المحلي : ١١/ ١٠ ، المغني : ٧/٢٧٨ ، فتح الباري : ٩/٢٨٦ .

(٨) انظر : الأم : ٥/٢٤٤ - ٢٤٥ ، مختصر المزني ص ١٩٦ ، الإقناع ص ١٥٣ .

(٩) في (م) : حقوق .

فصـل [٤٢ -بم تصح به الرجعة ؟] :

لا خلاف أنها تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقُبْلة وسائر الاستمتاع للذة إذا نوى به الرجعة (١) خلافاً للشافعي في قوله : إنها لا تكون إلا بالقول (٢) لأن القول الذي يثبت به رد المرأة إلى العقد المبيح للوطء أو استصلاح ما يثلم منه يجوز أن يقوم الوطء مقامه أصله قول البائع قد اخترت رد هذه الأَمَة إلى ملكي، ولأنه تصرف لا يكون مباحاً إلا مع البقاء (٣) على الملك المبيح له ، فجاز أن يقع به الرد إلى الملك أصله القول ، ولا تكون رجعة إلا مع القصد به إلى ذلك خلافاً لأبي حنيفة (٤) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لامريء ما نوى » (٥) ، ولأنه معنى مبيح للوطء فلم يصح إلا بنية كالتلفظ بعقد النكاح ، ولأنه أحد الأنواع التي تثبت بها الرجعة كالقول .

فصـل [٤٣ - من طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت] :

ومن طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت ، فإن دخل بها الثاني فلا سبيل للأول عليها ، وإن لم يدخل بها ففيها روايتان : إحداهما أنها للأول ، والثانية أنها للثاني (٦) ، فوجه الأولى أنها لم تفت بدخول من زوج ، فوجب أن تكون لمرتجعها أصله إذا لم تتزوج ، ولأن ذلك حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولا مخالف عليه حكم به في رجل يكني أبا كنف وكان ارتجع وامرأته لا تعلم فتزوجت فأدركها والنساء يهدينها للثاني فكتب له عمر: أنه أحق بها إن كان الثاني

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٢٤ ، التفريع : ٢/ ٧٥ ، الكافي ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٢) الأم : ٥/ ٢٤٤ - ٢٤٥ ، الإقناع ص ١٥٣ .

(٣) في (ق) : مع البناء .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٥ - ٢٠٩، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٥٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث.

(٦) انظر : المدونة : ٢/ ٢٢٤ - ٢٢٦ ، التفريع : ٢/ ٨١ ، الكافي ص ٢٩٢ .

لم يدخل بها [1] ، ولأن هذه مبنية على الوليين وقد قدمناه ، ووجه الثانية أن العقد للثاني حصل قبل علمها [2] برجعة الأول بتقصير من جهته ، فوجب أن تكون للثاني كما دخل بها : ولا يدخل عليه الوليان لأن الأول لا ينسب إلى تقصير لأن الذي زوج الثاني غيره ، فأما ما لم تتزوج فلا مراجعة بينه وبين غيره، وكذلك إسلام الكافر في عدة امرأته التي أسلمت إذا لم تعلم حتى تزوجت ففيها روايتان كمسألتنا .

فصل [٤٤ - تحريم المطلقة الرجعية ما لم يرتجعها] :

المطلقة الرجعية محرمة ما لم يراجعها [3] خلافاً لأبي حنيفة [4] لأنها جارية إلى بينونة أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول ، ولأن الطلاق يوجب التحريم كالخلع واعتباراً به قبل الدخول .

فصل [٤٥ - حكم العزل] :

العزل [5] جائز في الجملة [6] إذا لم يتعلق به إسقاط حق الغير لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل [7] العزل خوف الحمل : « لا عليكم إلا تفعلوا فإنه ما من نسمة قدر الله أن تكون إلا كانت » [8] ، ولم ينههم ، ولأنه ترك لإتمام الوطء ، وذلك غير ممنوع كما لو نزع ولم ينزل أصلاً ، فإذا ثبت ذلك فلا يجوز عن الحرة

---

(١) انظر : مصنف عبد الرزاق : ٦/٣١٣ ، وابن أبي شيبة : ١/٢٥٢ .

(٢) في (م) : علم .

(٣) انظر : المدونة : ٢/٢٢٤ - ٢٢٦ ، التفريع : ٢/٧٦ - ١٧٧ ، الكافي ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٥٧.

(٥) العزل : وهو النزع بعد الإيلاج لينزل خارج الفرج (فتح الباري : ٩/٣٠٥) .

(٦) في جملة أحكام العزل انظر : الموطأ : ٢/٥٩٥ - ٥٩٦ ، التفريع : ٢/٤٦ ، الكافي ص ٢٥٧ .

(٧) في (م) : وسألوه .

(٨) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : العزل : ٦/١٥٣ .

إلا بإذنها لنهي النبي ﷺ عن ذلك [١] ، ولأن تركه حق لكل واحد من الزوجين لأنه من تمام الوطء فليس لأحدهما قطعة إلا باختيار الآخر ، والحرة تختار لنفسها والأَمَة خيارها إلى سيدها لأن له [٢] غرضاً في كثرة ولدها فليس للزوج قطعه عنه[٣] ، فأما أم الولد وسائر الإماء فلا حق لهن في الوطء ، وذلك ينفي أن يكون لهن حق في إتمامه .

فصل [٤٦ - في فسخ النكاح] :

فسخ النكاح على ضربين : فسخ بطلاق ، وفسخ بغير طلاق ، وفائدة الفرق هو أنه إذا كان طلاقاً نقص به من أعداد الطلاق ، فإن ورد بعد تطليقتين لم تحل له إلا بعد زوج ، وإذا لم يعد طلاقاً فله أن يتزوجها من غير حاجة إلى زوج لأن الثلاث لم تكمل وفي اعتبار التمييز بينهما روايتان [٤] :

إحداهما بالخلاف القوي الظاهر دون الشاذ ، فإن وجد ذلك في النكاح المفسوخ كان فسخه طلاقاً ، فإن عدم كان فسخه [٥] بغير طلاق .

والأخرى : أن يراعى ما له ثبت الفسخ ، فإن كان مما يمكن الثبوت معه ، وإنما فسخ [٦] لحق أحد الزوجين دون حق الله تعالى كان الفسخ طلاقاً ، وإن كان مما لو أراد الزوجان أو أحدهما [٧] الثبوت عليه لم يجز له ، فالفسخ بغير

---

(١) حديث : « أنه نهى صلى الله عليه وسلم أن يعزل من الحرة إلا بإذنها » أخرجه ابن ماجه في النكاح ، باب : العزل : ١/ ٦٢٠ ، وأحمد : ١/ ٣١ ، وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف (إرواء الغليل : ٧/ ٧٠) .

(٢) في (ق) : لها .

(٣) في (ق) : عنها .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٥٤ - ١٥٧ ، التفريع : ٢/ ٤٨ - ٤٩ ، الكافي ص ٢٣٧ - ٢٣٨ .

(٥) في (م) : فسخاً .

(٦) في (ق) : الفسخ .

(٧) في (م) : أو بعدهما .

طلاق ، فوجه اعتبار الخلاف الاحتياط للفروج وإباحتها باليقين دون الشك وبقاء[1] الخلاف في زوال النكاح لا يحصل معه اليقين ، فوجب أن يعتبر بالطلاق ليحصل هذا المعنى ، ووجه الأخرى أن المراعي في ذلك الأمر الغالب الذي لا تمكن الإقامة على النكاح معه اعتباراً بالرضاع والملك ، فإذا ثبت هذا فالمسائل التي توجب فيها الفسخ تتفرع على هذا الخلاف : كالفسخ بتزويج المرأة نفسها والمحرم والشغار والمتعة وما أشبه ذلك من بابه يخرج على الروايتين ، وفسخ النكاح بالعنة والجب والأعسار بالنفقة والمهر واختيار المعتقة نفسها والعيوب الأربعة والإيلاء وغير ذلك رواية واحدة أنه طلاق ، والرضاع والملك ونكاح المرأة في العدة والفرقة باللعان وإسلام المرأة ، وما أشبه ذلك رواية واحدة أنه فسخ ، وفي الردة وغيرها خلاف في تخريجها .

فصـل [٤٧ - إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى] :

إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى ، فإن كان حالاً أخذت النصف حالاً لأن الطلاق لا يمنع من ذلك ، وإن كان مؤجلاً لم تستحق أخذ شيء إلى حلول الأجل لأن الطلاق لا يوجب [2] حلول الديون المؤجلة ، لأن الموجب لذلك خراب الذمة بالموت أو عيبها بالفلس وذلك معدوم في الطلاق ، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها نصف الحال معجلاً وتنتظر بنصفه المؤجل حلول الأجل [3] اعتباراً بكون جميعه على أحد الصفتين [4] .

* * *

(١) في (م) : وبقي .

(٢) في (ق) : يوجب .

(٣) في (م) : أجله .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ١٧٤ ، الكافي ص ٢٥٠ .

باب : [في الشهادة على الطلاق]

لا تقبل في الشهادة على الطلاق إلا الرجال لأنها شهادة على حكم يثبت في البدن مما يطلع عليه الرجال كالقتل ولا يقبل فيه شاهد ويمين ، لأن ذلك مقصور على الأموال وحقوقها ولا يحلف في دعوى بمجردها [1] ، لأن ذلك طريق إلى دعوى من تريد أذى زوجها (وفراقه وإعناته في كل وقت ، فإن انضم إلى دعواها ما يقويها مثل شاهد) [2] واحد أو امرأتان حلف الزوج معها لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت بشاهد عدل استحلف» [3] ، لأن دعواها قد قويت بذلك فينظر ، فإن حلف سقطت الدعوى لأن في الحديث : « فإن حلف بطلت شهادة الشاهد » [4] ، وإن نكل ففيها روايتان :

إحداهما : أنه يحكم عليه بالطلاق ولما روي في الحديث : « فإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه » [5] .

والأخرى : أنه يحبس [6] حتي يحلف ووجهها [7] : أن الشاهد والنكول أضعف من الشاهد واليمين ، فلما لم يحكم بالطلاق بشاهد ويمين كان بأن لا

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١٣٤ - ١٣٧ ، التفريع : ٢/ ١٠٥ - ١٠٧ ، الكافي ص ٢٦٤

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) أخرجه البيهقي : ١٠/ ١٨٢ ، وهو موقوف على ابن عمر ، وأخرجه الدارقطني : ٤/ ٦٤ ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي ﷺ قال : « إذا ادعت . . . » إلى آخر الحديث .

(٤) هو جزء من الخبر السابق .

(٥) هو جزء من الخبر السابق .

(٦) في (م) : أنه يجلس .

(٧) في (م) : زوجها .

يحكم بالشاهد [1] والنكول أولى ، والحديث إذا ورد فيه زيادة تردها الأصول كانت الأصول أولى .

فصل [١ - اختلاف الشاهدين على الطلاق] :

إذا اختلف الشاهد على الطلاق بالزمان والمكان لم يمنع ذلك قبول الشهادة لأن القول يتكرر ويعاد ويكون الحكم في الثاني أنه إعادة الأول لا استيناف كالإقرار بالمال ، وبخلاف ذلك في الأفعال لأن كل فعل له حكم نفسه لا يكون تكراراً للأول .

فصل [٢ - متى تبدأ عدة المطلقة] :

وعدتها من يوم أخبر الآخر أنه سمع الطلاق فيه [2] لأن بشهادته تمت البينة ووقع الحكم والعدة تتعقب الطلاق المحكوم به لا تتقدم عليه .

فصل [٣ - إذا اختلف الشاهدان في عدد الطلاق] :

فإن اختلف في العدد أحدهما بواحدة والآخر باثنتين أو أحدهما بثلاثة ، والآخر باثنتين حكم بالأقل وأُحلف على الزيادة ، فإن حلف بطل عنه وإن نكل كان على ما ذكرناه .

* * *

---

(١) في (ق) : بالنساء .

(٢) انظر : المدونة : ٢٢٧/٢ ، التفريع : ١١٤/٢ - ١١٦ ، الكافي ص ٢٩٣ - ٢٩٤.

باب : [الخلوة لا توجب كمال الصداق]

مجرد الخلوة لا يوجب كمال الصداق إذا لم يكن وطء [1] خلافاً لأبي حنيفة[2] ، لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ [3] ، ولأنه لم يحصل منه المسيس المقصود بالعقد كما لو لم يخل [4] بها .

فصــل [١ - ادعاء المرأة الوطء وإنكار الزوج له] :

إذا حصلت الخلوة فادعت الوطء فأنكره الزوج ، ففيها ثلاث روايات [5] :

إحداها : أن القول قولها جملة من غير تفصيل .

والأخرى : أنه إن كان ذلك في منزلها فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن دخول بناء ، وإن كان في منزله ، فالقول قولها مع يمينها .

والثالثة : أنها إن كانت ثيباً فالقول قولها مع يمينها ، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن رأين أثر افتضاض صُدِّقت عليه ، وإن لم يرين لم يكن لها إلا نصف الصداق .

فوجه الأولى : أنها قد فعلت ما يلزمها من التسليم والتمكين من الاستمتاع فليست بمنسوبة إلى تفريط بترك التوثق بالإشهاد إذ لا يمكنها ذلك ، فلو لم

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٢٢ ، التفريع : ٢/ ١١٠ ، الكافي ص ٢٥١ .

(٢) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٢٥ ، تحفة الفقهاء : ١/ ١٤٠ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٧ .

(٤) في (م) : لم يدخل .

(٥) انظر : المدونة : ٢/ ٢٢٢ - ٢٢٤ ، التفريع : ٢/ ١١٠ ، الكافي ص ٢٤٣ - ٢٥٤ .

تصدق عليه لأدى إلى أن لا يثبت على أحد صداق بوطء إلا باعترافه ، وفي ذلك إضاعة المهور وأعواض الاستمتاع .

ووجه الثانية : أن النزاع في التداعي يرجع فيه إلى من يشهد له العرف من المتداعين ، فالعرف جار بأن الرجل ينقبض في غير بيته إذا كان زائراً غير مطمئن ولا ينبسط وأنه يستحي من اطلاع أهلها ومن هو في دارها ، فكان القول قوله في أنه لم يطأ بشهادة العرف له ، وبخلاف هذا إذا بني بها لأنه إذا توطن واطمأن في بيته أو بيت أهلها انبسط وزال الاستيحاش والانقباض عنه ، فكان القول قولها: أنه وطئها ، فكذلك إذا خلى بها في بيته فالقول قولها ، لأن العرف يصير معها لأن الإنسان ينبسط في بيته ولا ينقبض والعادة إقدامه على الوطء ، ولأنه لا يتوقف عنه فصدقت عليه .

ووجه الثالثة : أنه إذا وجد سبيل إلى اليقين كان أولى من الظن والعمل على ظاهر لا يعرف صدقة ، وذلك ممكن في البكر على ما ذكرناه من اختبارها بنظر النساء إليها ، وجاز ذلك للضرورة كالعيوب ، ولما لم يمكن في الثيب رجع إلى قولها ، وكل من حكم بقوله فلا بد من يمينه .

فصل [٢ - وجوب العدة في اختلافهما على الوطء أو عدمه] :

وكل هذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق ، فأما العدة فإنما تجب ولا تسقط باختلافهما لأنها حق لله فلا يقبل قولهما في إسقاطه .

* * *

باب : [الخيار للأَمَة إذا أعتقت وهي تحت عبد]

والأَمَة إذا أعتقت وهي تحت [1] عبد ، فلها الخيار [2] لحديث بريرة [3] لما أعتقت وكان زوجها عبداً ، فجعل رسول الله ﷺ لها الخيار [4] ، ولأن حرمتها قد زادت على حرمته فلها أن ترضى به لأنها تقول : إنما رضيت أن يتزوجني عبد لما كنت أَمَة فأما وأنا حرة فلا أرضى فيكون ذلك لها .

فصـل [١ - إذا كانت الأَمَة تحت حر لا خيار لها] :

ولا خيار لها تحت الحر خلافاً لأبي حنيفة [5] ، لقول عائشة رضي الله عنها : خير رسول الله ﷺ بريرة ، وكانت تحت عبد ولو كان زوجها حراً ما خيرها [6] ومثل هذا لا يكون إلا توقيفاً ، ولأن ذلك معنى لا يثبت لها الخيار عند ابتدائه إذا وقع العقد مطلقاً لم يثبت لها إذا طرأ عليه ، أصله إذا تزوجته أقطع اليدين لما لم يكن الخيار كذلك إذا طرأ القطع عليه ، ولأن حرمتها ليست بزائدة على حرمته بخلاف العبد .

فصـل [٢ - في كون الخيار طلاق] :

واختيارها نفسها طلاق ، لأنه ليس بغالب إذ المقام على النكاح جائز مع

---

(١) وهي سقطت من (م) ومن (ر) .

(٢) انظر : التفريع : ٢/١٠٣ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٧٥ .

(٣) بريرة : مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنهما ، صحابية مشهورة ، عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية (انظر : تقريب التهذيب ص ٧٤٤ ، الإصابة : ١٢/١٥٧) .

(٤) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : الحرة تحت العبد : ٦/١٢٤ ، ومسلم في العتق ، باب : أن الولاء لمن أعتق : ٢/١١٤٢ .

(٥) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/٢٤ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

عتقها وتكون بائناً لأنه خيار في زوال العصمة كالخلع ولو كانت الرجعة ثابتة لم يفد الخيار شيئاً ولو أعتق العبد لم يكن له سبيل عليها ، لأن البينونة حلت قبل عتقه ، وإن أمكنته أن يطأها أو يقبلها بطل خيارها [١] ، لأن ذلك دلالة على رضاها به إلا أن يكون أكرهها فلا يبطل الخيار ، وهذا إذا أمكنته عالمه بأنها أعتقت ، فأما إن أمكنته من وطئها من قبل أن تعلم بعتقها فلا يسقط خيارها لأن ذلك لا يدل على رضاها بالثبوت معه ، وإنما يدل على ذلك إذا كان بعد علمها به ، وسواء كان قبل الدخول أو بعده لأنه صلى الله عليه وسلم خيرها ولم يفرق، ولأنه علله بملكها ببضعها [٢] ، واعتبارا ببعد الدخول .

وفي تطليقها نفسها زيادة على الواحدة روايتان : فوجه قوله : إن لها أن تطلق[٣] ثلاثاً أنها ملكت ما كان للزوج يملك من أمرها ، فكان لها [٤] أن توقع ما كان له أن يوقعه ، ووجه قوله : إنه ليس لها أكثر من الواحدة هو أن الغرض زوال العصمة ، فإذا حصل بالواحدة فلا فائدة في الزيادة عليها .

* * *

(١) انظر : التفريع : ١٠٣/٢ - ١٠٤ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٧٥ - ٢٧٦.

(٢) في (ق) : لبعضها .

(٣) في (م) : لها ذلك .

(٤) في (ق) : له .

باب : [في الخلع]

الخلع [1] جائز [2] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ [3] ، وقوله : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [4] ، وحديث حبيبة بنت سهل [5] لما شكت زوجها ثابت بن قيس [6] إلى النبي ﷺ فقالت : لا أنا ولا ثابت ، فقال رسول الله ﷺ : « أتردين عليه حديقته » قالت: نعم ، فأخذها منها وجلست في أهلها [7] ، ولأن المرأة قد تكره زوجها مع قيامه بحقوقها ولا يمكنها من مطالبته بالفرقة لأن ذلك لا يلزمه إلا برضاه ، فجاز أن تبذل له عوضاً على ذلك .

فصل [١ - في الزيادة على الصداق في الخلع أو نقصانه] :

ويجوز أن يخالعها على الصداق وأقل وأكثر ، خلافاً لمن ذهب إلى منع الزيادة

---

(١) الخلع في اللغة : قال ابن فارس هو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه (معجم مقاييس اللغة : ٢/ ٢٠٩) ، وفي الاصطلاح هو : عقد معاوضة على البضع تملك المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض (حدود ابن عرفة ص ١٨٠) .

(٢) في جملة أحكام الخلع انظر : المدونة : ٢/ ٢٣١ ، التفريع : ٢/ ٨١ - ٨٣ ، الرسالة ص ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٧٦ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٤ .

(٥) **حبيبة بنت سهل** : بنت ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة الأنصارية ، صحابية ، اختلعت من ثابت بن قيس فتزوجها أبي بن كعب بعده (تقريب التهذب ص ٧٤٥) .

(٦) **ثابت بن قيس** : بن شماس أنصاري ، خزرجي ، خطيب الأنصار من كبار الصحابة ، بشره النبي ﷺ بالجنة واستشهد (تقريب التهذيب ص ١٣٣) .

(٧) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : الخلع وكيف الطلاق فيه : ٦/ ١٧٠ .

عليه [1] لقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ [2] فعم ، ولأنه عوض مبذول في الخلع يجوز أن يكون مثله عوضاً في غير الخلع ، فجاز أن يكون عوضاً في الخلع أصله مقدار الصداق .

فصـل [٢ - في صحة الخلع مع الرضا وعدم الإضرار] :

ويصح مع الرضا وعدم الإضرار خلافاً لقوم [3] لقوله تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ [4] فعم ، ولأنها معاوضة تجوز حال الخصومة فجازت مع التراضي كالبيع والإجارة .

فصـل [٣ - إذا كان الإضرار من قبل الزوج] :

وإن كان الإضرار من قبله نفذ الطلاق ورد ما أخذ منها [5] خلافاً للشافعي [6] في قوله : أنه لا يرد شيئاً ، أما نفوذ الطلاق فلأنه قد ألزمه نفسه فلا سبيل إلى رفعه ، وأما وجوب رد ما أخذه فلأنه كان مستحقاً عليه إزالة الأضرار [7] وما ألزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه .

فصـل [٤ - في كون الخلع طلاق] :

والخلع طلاق وليس بفسخ [8] خلافاً للشافعي [9] لأنه صلى الله عليه سلم

---

(١) قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب : لا يأخذ أكثر مما أعطاها (المغني: ٧/ ٥٣) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(٣) في رواية للحنابلة وهو قول ابن المنذر وداود (انظر المغني : ٧/ ٥٤) أنه لا يجوز الخلع إلا عند الإضرار بها وعدم الرضا .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٤ .

(٥) في (م) : ما أخذه .

(٦) انظر : الأم : ٥/ ١٩٦ - ١٩٧ ، مختصر المزني ص ١٨٧ .

(٧) في (م) : الضرر .

(٨) انظر : التفريع : ٢/ ٨١ ، الرسالة ص ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٧٦ .

(٩) انظر : الأم : ٥/ ١٩٨ - ١٩٩ ، مختصر المزني ص ١٨٧ ، وهو أحد قولي الشافعي.

لما خلع بين حبيبة وثابت بن قيس فقال لها : « اعتدى » ثم التفت إليه فقال له : « هي واحدة » [1] ، وهذا نص ، ولأن كل فرقة يجوز الثبوت على النكاح مع الحال [2] الموجبة لها فإنه طلاق لا فسخ اعتباراً بفرقة العنين والمولي عكسه الرضاع والملك ، ولأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ لأنه لو قال : قد فسخت النكاح لم ينفسخ إذا لم يرد الطلاق .

فصل [٥ - منع الرجعة في الخلع] :

ولا رجعة في الخلع [3] خلافاً لأبي ثور [4] لأن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها ، وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية الضرر ، ولأن في إثبات الرجعة في الخلع جمعاً للزوج بين العوض والمعوض ، وذلك ما لا سبيل إليه .

فصل [٦ - الخلع مع اشتراط الرجعة] :

فإن بذلت له العوض وشرط الرجعة ففيها روايتان [5] : إحداهما ثبوتها والأخرى سقوطها ، فوجه ثبوتها أن العوض يكون في مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا عاوضته ، ووجه نفيها أنه طلاق بعوض فوجب أن تنتفي معه الرجعة أصله إذا طلق ولأنه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه ، فلم يثبت كما لو شرطت [6] في النكاح أن لا يطأ .

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث قريباً .

(٢) في (ق) : الحلال .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ٢٣٢ ، التفريع : ٢/ ٨٣ ، الرسالة ص ٢٠٢ ، الكافي ص ٢٧٦ .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ٨٣ ، الكافي ص ٢٧٧ .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ٨٣ ، الكافي ص ٢٧٧ .

(٦) في (ق) : شرط .

فصـل [٧ - عدم لحوق ما أردفه من الطلاق في عدة المختلعة] :

ولا يلحقها ما أردفها في العدة خلافاً لأبي حنيفة [١] ، لأنها فرقة لا رجعة فيها كالثلاث أو قبل الدخول ، ولأن كل من يطلق باللفظ العام للنساء لم يطلق مع التعيين أصله بعد العدة .

فصـل [٨ - نكاح المختلعة في العدة] :

وله أن ينكحها في العدة برضاها لأن الماء له واعتبرنا رضاها لأنه نكاح وليس برجعة .

فصـل [٩ - في نفقة المختلعة] :

لا نفقة للمختلعة لأن طلاقها بائن كالمبتوتة ، وإن كانت حاملاً لزمته النفقة للحمل [٢] لأنها كالمبتوتة الحامل .

فصـل [١٠ - المخالعة على خمر أو خنزير] :

إذا خالع عن خمر أو خنزير أو ما لا يصح للمسلم تملكه وقع الطلاق بائناً [٣] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه يقع رجعياً [٤] لأنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائناً كما لو صح العوض .

فصـل [١١ - في أنه لا رجوع عليها بشيء إذا رضي بما لا يصلح أن يعتاض به] :

ولا يكون الرجوع بشيء خلافاً للشافعي في قوله : يستحق عليها مهر المثل [٥] لأنه لما رضى بأن يعتاض ما لا يصح أن يكون عوضاً في حقها كان راضياً بسقوط

---

(١) شرح فتح القدير : ٣/ ٢١ .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ٢٣٢ ، التفريع : ٢/ ٨٣ ، الكافي ص ٢٩٨ .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ٢٣٦ ، الكافي ص ٢٧٧ .

(٤) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٦٥ ، وتحفة الفقهاء : ١/ ٢٠١ .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ١٩٠ ، الإقناع ص ١٥٢ .

العوض ، فلم يجب له بدل ، ولأنه معنى يصح أن يوقع [1] بغير عوض [2] يفوت بنفس وقوعه لا يمكن الفسخ فيه ، فإذا وقع بما لا يصح أن يكون بدلاً لم يستحق أن يكون لموقعه به [3] بدل أصله العتق .

فصل [١٢ - في خلع المريضة] :

خلع المريضة جائز إذا كان خلع مثلها واختلف فيه ، فقيل : بقدر ميراث الزوج، وقيل : بالثلث ، وإن زاد على قدر الميراث [4] ، فوجه الأول أن ما زاد على قدر الميراث إقرار [5] لبعض الورثة بمال دون غيره فلم يجز ، ووجه الثاني أن المريض مالك لثلث ما له ، فجاز لها الخلع عليه كحال الصحة [6] .

فصل [١٣ - في عدم اعتبار صداق المثل في خلع المريضة] :

ولا اعتبار بصداق المثل في ذلك خلافاً للشافعي [7] ، لأنه ليس في مقابلته ما يقوم به وصداق المثل لا يعتبر إلا في هذا .

فصل [١٤ - الخلع على الغرر] :

يجوز الخلع على الغرر والمجهول كالآبق والشارد ، فإن سلم أخذه وإلا فلا شيء له والطلاق نافذ على كل حال [8] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في منعهما ذلك [9] ، لقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ [10]

---

(١) في (م) : أن يقع .

(٢) في (م) : دليل ، وفي (ر) : بدل .

(٣) أن يكون لموقعه به : سقطت هذه العبارة من (م) ومن (ر) .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ٢٤١ ، الكافي ص ٢٧٨ .

(٥) في (م) : إفراد .

(٦) في (ق) : الصحيح .

(٧) انظر : مختصر المزني ص ١٨٩ ، الإقناع ص ١٥٢ .

(٨) انظر : المدونة : ٢/ ٢٣٢ ، التفريع : ٢/ ٨٢ ، الكافي ص ١٧٧ .

(٩) انظر : مختصر القدوري : ٣/ ٦٥ - ٦٦ ، مختصر المزني ص ١٨٩ .

(١٠) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

فعم ، ولأنه يصح أن يملك بالهبة والوصية ، فجاز أن يكون بدلاً في الخلع كسائر الأعيان .

فصـل [١٥ - إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض] :

إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعاً عند مالك ، وقال أشهب : يكون طلاقاً رجعياً [(١)] ، فوجه قول مالك : إنه طلاق قصد أن يكون خلعاً ، فكان على ما قصده كالذي معه عوض ، ولأن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج الطلاق عن لزومه على قصد موقعه إذا عاوض بخمر أو بخنزير ، ووجه قول أشهب أن معني الخلع بدل عوض على الطلاق ، فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه ، ولأنه طلاق بغير عوض كالمبتدأ .

* * *

---

(١) انظر : التفريع : ٢/٨٣ ، الكافي ص ٢٧٦ .

باب : [في الحكمين]

إذا قبح [١] ما بين الزوجين وظهر الشقاق فإذا علم الإضرار من أحدهما أمر بإزالته ، فإن أشكل ذلك بعث الحاكم حكمين : أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل المرأة عدلين فقيهين فينظران بينهما ويجتهدان في الإصلاح إن تمكنا ، فإن لم يقدرا عليه ورأيا الصلاح في الفرقة فرقا بينهما ، فإن رأيا أن يأخذا له شيئاً من مالها ليكون خلعاً فعلا ، وكان ذلك لهما على طريق الحكم دون التوكيل وافق حكم [٢] قاضي البلد أو خالفه ، وإن لم يكن في أهلهما من يهتدي لذلك جاز أن يكونا أجنبيين [٣] .

فصل [١ - في مشروعية الحكمين] :

والأصل في الحكمين قوله تعالى : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ [٤] الآية ، وبعث عثمان بن عفان ابن عباس ومعاوية حكمين في قصة عقيل بن أبي طالب [٥] وامرأته فاطمة بنت بن ربيعة[٦] وقال عليّ رضي الله عنه للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا [٧] جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما [٨] .

---

(١) يعني إذا ساء ، وقد استعمل المصنف هذه العبارة في كتابه التلقين .

(٢) حكم : سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٢/٢٩٤ ، التفريع : ٢/٨٧ ، الكافي ص ٢٧٨ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٣٥ .

(٥) **عقيل بن أبي طالب** : الهاشمي ، أخو عليّ وجعفر وكان الأسن ، صحابي ، عالم بالنسب ، مات سنة ستين ، وقيل : بعدها (تقريب التهذيب ص ٣٩٦) .

(٦) **فاطمة بنت عتبة** : بن ربيعة بن عبد شمس العبشمية ، أخت هند أم معاوية ، روت عنها أم محمد بن عجلان (الإصابة في تمييز الصحابة : ٨/١٦٣) .

(٧) أن تجمعا : سقطت من (ق) .

(٨) أخرجها عبد الرزاق : ٦/٥١٢ (تلخيص الحبير : ٣/٢٠٤) .

فصل [٢ - للحكمين التفريق بينهما] :

وإنما قلنا : إنهما إن رأيا أن يفرقا فرقاً لا على طريق التوكيل بل على وجه الحكم خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي [(١)] ، لقوله تعالى : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ [(٢)] ، وذلك خطاب للأئمة والحكام دون الزوجين ، ولأنه تعالى سماهما حكمين وذلك يفيد تعلق الحكم بينهما دون الوكالة ، ولقول عليّ رضي الله عنه للحكمين : أتدريان ما عليكما إن رأيتما أن تصلحا أصلحتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما [(٣)] ولم يشترط رضا الزوجين ، ولأن للحاكم مدخلاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين لإزالة الضرر كالإيلاء والإعسار بالنفقة والمهر وغير ذلك ، وإنما أجزنا [(٤)] لهما أن يأخذا له شيئاً من مالها ، لأن الإصلاح موكول إلى اجتهادهما ، فقد يريان الحظ في ذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قد فعل ذلك في قصة حبيبة بنت سهل مع ثابت بن قيس [(٥)] ، وإن لم يكن ذلك على وجه التحكيم .

فصل [٣ - في كون الحكمين من الأهل] :

وإنما استحببنا أن يكونا من أهلهما للنص على ذلك [(٦)] ، ولأن الأهل أخبر بالقصة وأعرف بطيها وأهدى إلى إصلاحها ، فكانا أولى من الأجانب ، ولأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة للتناهي في الإشفاق ، وإنما قلنا : أنه يجوز أن يكونا أجنبيين إن لم يكن في الأهل من يقوم بذلك لأن الغرض ما ذكرناه وكونهما من الأهل أنجز للقصة وأبلغ في إصلاحها ، لا أن ذلك شرط لأنه ليس في الأصول حكم شرط في متوليه أن يكون من أهل المتحاكمين .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩١ ، مختصر المزني ص ١٨٦ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٣٥ .

(٣) سبق تخريج الأثر قريباً .

(٤) في (م) : اخترنا .

(٥) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٨٦٩) .

(٦) كما جاء في قوله تعالى : ﴿ حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ الآية .

فصـل [٤ - عدم اشترط موافقة رأي الحكمين رأي قاضي البلد] :

وإنما قلنا : لا فرق بين أن يوافق رأي قاضي البلد أو يخالفه ، لأن الاجتهاد مطلق لهما والأمر بفعل ما يريان الصلاح فيه متوجه إليهما وهما ممنوعان من تقليد غيرهما ، فقد يوافق رأيهما مذهب قاضي البلد ، وقد يخالفه فلم يكن بذلك اعتبار .

* * *

باب : [في تمليك المرأة طلاقها]

إذا ملَّك الرجل امرأته طلاقها جاز لأنه قد وكلها بذلك والتوكيل في الطلاق جائز ، ولفظه أن يقول : قد ملكتك أمرك أو طلاقك أو أمرك بيدك أو ما أشبه هذه الألفاظ ، ثم لا يخلو أن تجيب في المجلس أو تمسك فلا تجيب ، فإن لم تجب وقد أمكنت من الجواب حتى افترقا ففيها روايتان [1] : إحداهما بطلان تمليكها ، والأخرى ثبوته وإنه لا يقطعه إلا إيقافها أو تمكينها إياه من نفسها ، فوجه الأولى أنه إيجاب [2] يقتضي قبولاً ، فإذا لم يحصل الجواب في الحال بطل كلفظ الإيجاب في البيع والنكاح ، ووجه الثانية اعتباره بإعتاق الأمَة تحت العبد لأنه جعل طلاقها بيدها .

فصـل [١ - إجابة المرأة على تمليك الرجل لها] :

وإن أجابت لم يخل أن يكون صريحاً بقبول أو رد أو مبهماً ، فإن كان مبهماً لم يضرها إن قامت من المجلس ولم تفسره وأخذت بتفسيره فيما بعد ، وإنما قلنا ذلك لأن الجواب قد حصل منها ، وإن كان مجملاً فلم يجعل كعدمه ، وإن كان مفسراً عمل على ما يوجب [3] من قبول أو رد ، وإنما قلنا ذلك لأنه قد جعل لها أن تملك فصار ذلك حقاً لها ، فكان لها استيفاؤه أو إسقاطه ، فألفاظ القبول أن تقول : قد قبلت طلاقي أو قبلت نفسي أو طلقت نفسي أو ما أشبه ذلك ، فهذا كله صريح في القضاء بالطلاق ثم ينظر، فإن كان في هذه الألفاظ التي تقضي بها ما لا يحتمل إلا الثلاث أو ما يحتمل الثلاث وما دونها فله مناكرتها إن ادعى أنه

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٢٦٩ وما بعدها ، التفريع : ٢/٨٧ - ٨٠ ، الكافي ص ٢٧٣ - ٢٧٤ .

(٢) في (م) : جواب .

(٣) في (م) : عمل ما يوجبه .

لم يرد بالتمليك إلا واحدة ، وإنما يكون له ذلك بثلاثة شروط وهي : أن يزعم أنه نوى ذلك عند التمليك ، وأن يكون تمليكه إياها ابتداء طائعاً من غير شرط ، وأن يناكر في الحال فمتى انخرم من هذه الشروط شيء لم تكن له المناكرة وجاز عليه ما قضته ، وإنما شرطنا أن يكون نوى ما يدعيه عند التمليك لأن ظاهر تمليكه يوجب أنه ملّكها جميع ما بيده ، وإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون ذلك في الحال ، وإنما قبلنا دعواه لأن الطلاق بيده فلا يخرج عنه إلا ما أقر أنه أراد تمليكها يحتمل ما قاله ، وإنما شرطنا أن يكون ذلك في الحال لأن إمساكه عنها دلالة على رضاه بما قضت واعتراف منه لأنه لو كان بخلاف ذلك لبادر بالإنكار ولم يتوقف ، وإنما شرطنا أن يكون تمليكه لها طوعاً لا عن شرط لأنه إذا كان شرط فالغرض منه تمليك ما تزول به العصمة لا نقصان عدد الطلاق وبقاء العصمة لا يحصل هذا ، وذلك كالعوض في الخلع أن المقصود منه زوال العصمة، وإلا لم يستفد بالعوض شيئاً ، وإذا كان ابتدأ فلم يستحق عليه في مقابلته ما يقتضي نوعاً منه دون غيره ، وألفاظ الرد أن تقول : قد قبلت أمري أو قبلت ما ملكتني أو رضيت أمري أو ما أشبه هذا ، فهذا يحتمل الأمر الذي هو البقاء على الزوجية والأمر الذي هو الفراق فأي الأمرين فسرت به مرادها قبل منها[1] .

فصـل [٢ - في تخيير الزوجة] :

والتخيير على ضربين : تخيير في أعداد الطلاق ، وتخيير في النفس ، فالأول مثل أن يقول : اختاريني أو اختاري طلقة أو طلقتين فيكون على ما قاله ، ولا يكون لها اختيار زيادة على ما جعل لها ، والثاني مثل أن يقول اختاريني أو اختاري نفسك ، وذلك عندنا عبارة عن اختيار ما تنقطع به العصمة فلا يكون في المدخول بها بأقل من ثلاث ، فإن اختارت كان ذلك لها لجعله ذلك إليها

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢٦٩/٢ - ٢٧ ، التفريع : ٨٨/٢ - ٨٩، الكافي ص ٢٧٣ - ٢٧٥ .

(٢) في (م) : باب .

وتمليكها إياه ، وإن اختارت دون الثلاث لم يكن ذلك إبطالاً لحقها ولم يلزمه[1] طلاق أصلاً لا ما اختارته ولا ما جعله إليها ، هذا قول مالك ، وقال عبد الملك: إذا اختارت ما دون الثلاث كان ذلك اختيار منها للثلاث وتبين منه [2] .

فوجه قول مالك : أنها اختارت ما لم يجعل إليها اختياره دون ما جعل لها فلم تكن بذلك مختارة لما جعل لها اختياره أصله لو اختارت شيئاً يخالف ما هما فيه ، فلا خلاف أن ذلك قطع لخيارها .

ووجه قول عبد الملك : أن اختيار التبعيض فيما لا يتبعض اختياراً له بكماله ، فإذا ثبت هذا فإنما قلنا : أن الخيار في النفس يقتضي زوال العصمة لأن مفهومه اختيار البقاء على الزوجية أو الانفكاك عنها ، لأن لفظه بنفي الاشتراك بينه وبينها[3] ، فإذا اختارت واحدة أو اثنتين ، فلم تختر نفسها لأنها قد أبقت له سبيلاً عليها ولم تختره لأنها قد ثلمت عقد الزوجية والتمليك بخلاف ذلك ، لأنه تمليك لإيقاع طلاق مجمل لا يقتضي زوال عصمة ولا بقائها ، فإن كان مدخولاً بها فقد ذكرنا حكمها ، وإن كانت غير مدخول بها فقضت بالثلاث فله مناكرتها ، لأن الغرض الذي هو زوال العصمة يحصل بالواحدة بخلاف المدخول بها .

فصـــل [٣ - المملكة والمخيرة ترد ما جعل إليها] :

إذا ردَّت المملَّكة والمخيرة ما جعل إليها ، فهي على ما كانت من الزوجية ولا يلزمه شيء خلافاً لمن ذهب إلى [4] أنه يلزمه واحدة رجعية [5] لقول عائشة

---

(١) في (ق) : يلزمها .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٢٦٨ ، التفريع : ٢/ ٩٠ ، الكافي ص ٢٧٢ - ٢٧٣ .

(٣) في (م) : لأن لفظه بنفي الاشتراك إلا بينه وبينها .

(٤) إلى : سقطت من (م) .

(٥) روي ذلك عن الحسن كما روي كذلك عن عليّ - رضي الله عنه - وانفرد بنقله عن أحمد إسحق بن منصور (المغني : ٧/ ١٥٠) .

رضي الله عنها : خيَّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه [1] ، فلم يعد ذلك طلاقاً ، ولأن قوله : اختاريني أو اختاري نفسك فائدته أن اختيارها لنفسها ضد اختيارها له ، فإذا كان اختيارها نفسها فراقاً كان اختيارها له بقاء على الزوجية .

* * *

(١) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : من خير نساءه : ١٥٦/٦ ، ومسلم في الطلاق ، باب : بيان أن تخييره المرأة لا يكون طلاقاً : ١١٠٤/٢ .

باب : [في الإيلاء]

الإيلاء في اللغة : الحلف ، يقال : ألى يولي إيلاء وإلية [١] ، والإيلاء الشرعي هو : الحلف بيمين [٢] يلزم بالحنث فيها حكم على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر حرة كانت أو أَمَة مسلمة كانت أو كتابية [٣] ، فإن ترك الوطء بغير يمين غير مضار أو يمين لا يلزمه بها حكماً أو حلف بيمين يلزمه الحنث فيها حكم ، ولكن على ترك وطء أَمَة أو مدة أربعة أشهر ، فدونها فليس ذلك بإيلاء شرعي ، واليمين في الإيلاء أن يحلف بالله أو بصفة من صفات ذاته أو بنذر صلاة أو حج أو صوم أو مشي أو صدقة أو عتق أو بطلان غير المولي منها، فإن كان رجعياً لزمه وَفْيَه بالوطيء ويحنث بأول الإيلاج ينوي الارتجاع ويتم الوطء ، وإن كان ثلاثاً عند مالك يلزمه الإيلاء ويمكن منها ، فإذا ابتدأ الإيلاج نزع وحرمت عليه ، فلم تحل له إلا بعد زوج .

وعند عبد الملك لا يمكَّن وتطلق عليه ولا يلزمه إيلاء بيمين لا يلحقه ضرر [٤] بالحنث فيها كقوله : والنبي والكعبة وما أشبه ذلك ويضرب للمولي أجلاً أربعة أشهر للحر وشهران للعبد من يوم حلف ويمكن فيه منها ، فإن فاء وإلا وقف بعد انقضائها ، فإما فاء وإما طلق : فإن فاء فهي امرأته وإن أبى فاختارت فراقه أمر بالفراق ، فإن طلق وإلا طلق عليه ، وله الرجعة إن فاء في العدة ويعتبر صحتها بالوطء ، فإن وطيء فيها وإلا لم تصح وبانت منه بانقضاء العدة إلا أن يكون له

---

(١) انظر : لسان العرب : ١٤/ ٤٠ .

(٢) في (ق) : اليمين .

(٣) وعرف الإيلاء ابن عرفة بقوله : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه (حدود ابن عرفة ص ٢٠٢) .

(٤) في (م) : ضرب .

عذر في امتناعه ، ومن ترك الوطء مضاراً ، وعرف ذلك منه وطالت المدة به كان حكمه حكم المولي ، وقيل : يفرق بينهما من غير ضرب أجل ، ولا إيلاء في ملك اليمين ولا تطلق عليه بمضي المدة إلا بأن يوقف فيمتنع فيكون الحكم على ما ذكرناه [1] .

فصل [١ - في أدلة شروط الإيلاء] :

وإنما شرطنا في الإيلاء أن يترك الوطء بيمين لما بيناه من أن الإيلاء الحلف في اللغة ، وقد قال تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾ [2] ، وإنما شرطنا في الإيلاء أن يكون بيمين يلزمه بالحنث [3] فيها حكم لأن اليمين التي لا يتعلق بالحنث فيها حكم ولا ضرر ولا غرم ووجودها وعدمها سواء ، فكان الحالف بها كالممتنع بغير يمين ، ولا خلاف أن اليمين بالله وصفات ذاته يتعلق بها الإيلاء ، وأما الحلف بغيرها فيلزم عندنا خلافاً للشافعي في قوله : إنه لا يكون مولياً إلا إذا حلف بالله فقط [4] لقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾[5] فعم ، ولأنه يمين يلحق الضرر بالحنث فيها أو يلزمه حكم بذلك كاليمين بالله .

فصل [٣ - اشتراط الحلف على ترك وطء زوجته في الإيلاء] :

وإنما شرطنا : أن يحلف على ترك وطء زوجته لأن الإيلاء حلف على الامتناع من وطء من لها حق في الوطء مضاراً بذلك ، والأَمَة لا حق لها في الوطء فلا يكون مضاراً بها إذا حلف على ترك وطئها ، وإنما سوينا بين الزوجات في ذلك لتساويهن وإن لكلهن [6] حقاً في الوطء .

---

(١) في جملة أحكام الإيلاء انظر : المدونة : ٢/ ٣٢٠ - ٣٣٥ ، والتفريع : ٢/ ٩١ ، ٩٣ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٧٩ - ٢٨٢ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

(٣) في (ق) : بالحكم .

(٤) انظر : الأم : ٥/ ٢٦٥ ، مختصر المزني ص ١٩٨ - ١٩٩ ، الإقناع ص ١٥٥ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

(٦) في (ق) و(ر) : في أن لهن .

فصـــل [٣ - اعتبار الإيلاء بالحلف بغير الله وصفاته] :

وإنما قلنا : إنه يكون مولياً بحلفه بطلاق غيرها لأنها يمين يلحقه [١] الضرر بالحنث فيها ، ووجه قول مالك : إنه يكون مولياً إذا حلف بطلاقها ثلاثاً أنه حلف [٢] على ترك وطئها بيمين يلزمه بالحنث فيه حكم كالحالف بطلاق غيرها ، ولأنه معنى يحرم وطئها عليه فجاز إذا حلف به أن يكون مولياً أصله الظهار ، ووجه قول عبد الملك ما احتج به له وهو قوله : إنه لا يمكنه الفيئ إلا بالحنث ولا يصل إلى الحلال منه إلا بالحرام وذلك ممنوع ، وإذا لم يمكن الفيئ وجب الفراق ولا معنى مع ذلك لضرب الأجل لأن ما لم يراد مقتدر ، فأما إذا كان الطلاق رجعياً فيصل إلى الفيئ وعلى وجه جائز ، فإن نوي الارتجاع مع الإيلاء فيكون جميع الوطء حلالاً .

فصـــل [٤ - في ضرب أجل أربعة أشهر للمولى] :

وإنما قلنا : إنه يضرب له أجل [٣] أربعة أشهر لقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾ [٤] ، وإنما قلنا : إن أجل العبد شهران خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٥] ، لأنه معنى يتعلق به حكم البينونة فوجب نقصانه فيه عن الحر أصله الطلاق .

فصـــل [٥ - بداية أجل الإيلاء] :

وإنما قلنا : إن الأجل من يوم حلفه لأنه من ذلك الوقت صار مولياً ومعتقداً الإضرار بالمرأة بالحلف على ترك حقها ، وإنما قلنا : إنه يمكَّن منها في الأجل لأنه مضروب له فلا يمنع مما يؤدي إلى إزالة الضرر الذي هو مأخوذ بإزالته إلا أن هذا

---

(١) في (م) : يلحقها .

(٢) في (م) : حالف .

(٣) في (ق) : لها أجلاً .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٧ ، الأم : ٢٧١/٥ ، مختصر المزني ص ١٩٩ .

الفيئ لا توجبه عليه بعد انقضاء الأجل لأن الأجل مضروب له ، فإن فاء في الأجل حنث وزال حكم الإيلاء عنه ، وإن انقضى ولم يف طولب بذلك فيما بعد ، وإنما لم نوجب عليه الفيئ في المدة وأخذناه به بعدها خلافاً لأبي بحنيفة في قوله : إن المدة مضروبة ليفيء فيها أو تبين منه بانقضائها [1] ، لأنه حق له بدليل قوله تعالى [2] : ﴿ للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾ [3] فأضافها إلى المولي وجعلها حقاً له وجعل الفيء حقاً عليه للمرأة ، وما كان حقاً للإنسان فلا يكون محلاً لحق عليه بدليل أن الآجال في الديون لما كانت حقاً لمن عليه الدين لم تكن محلاً للدين الذي عليه .

فصـل [٦ - في أنها لا تطلق بعد مضي الأجل] :

وإنما قلنا : لا تطلق بمضي الأجل خلافا لأبي حنيفة [4] لقوله تعالى : ﴿ فإن فاءوا ﴾ [5] فجعل له الفيئ بعد المدة ، وذلك يتضمن بقاء الزوجة ، ولأنه تعالى جعل الفيئ والطلاق متعلقين لفعله لقوله تعالى : ﴿ فإن فاؤوا . . . وإن عزموا الطلاق ﴾ [6] ، ولأنهما يمين بالله فلم يلزمه بها الطلاق أصله إذا حلف على أقل من أربعة أشهر ، ولأنها مدة ضربت بالشرع لم يتقدمها فرقة فلم يكن مضيها بينونة أصله من العنة .

فصـل [٧ - إذا مضى الأجل يؤخذ المولي بالفيئ أو الطلاق] :

وإنما قلنا : إنه يؤخذ بعد مضي الأجل بالفيئ أو الطلاق لقوله تعالى : ﴿ فإن

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٠ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٦٠ .

(٢) تعالى : سقطت من (م) .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٠، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٦٠، تحفة الفقهاء : ١/٢٠٥ - ٢٠٦ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

(٦) سورة البقرة ، الآيتين : ٢٢٦ - ٢٢٧ .

فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق ﴾ [1] ، ولأنه مأخوذ بإزالة الضرر عنها ، فإن فاؤوا فلا إزالة بالطلاق إذا طالبت به ، فإن طلق وإلا طلق الحاكم عليه ، خلافاً للشافعي في قوله : أنه لا يطلق عليه ولكن يحبس ويضيق عليه حتى يطلق بنفسه [2] ، لأنه طلاق مستحق عليه لإزالة الضرر ، فجاز أن يليه الحاكم عند امتناعه منه أصله طلاق المعسر بالنفقة .

فصل [٨ - في أن طلاق المولي يكون رجعياً] :

وإنما قلنا : إن الطلاق يكون رجعياً إن لم يطلق هو ثلاثاً أو يكمل به عدد الثلاث خلافاً لأبي ثور في قوله : أن الطلاق يقع بائناً [3] لقوله تعالى : ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ﴾ [4] ، ولأنه طلاق مجرد صادف اعتداداً قبل استيفاء العدد ، فوجب أن يكون رجعياً أصله غير المولى .

فصل [٩ - في كون الرجعة معتبرة في الإيلاء] :

وإنما قلنا : إن الرجعة لا تقع منبرمة لأن كل طلاق وقع لأجل ضرر ، فالرجعة فيه معتبرة بزوال ذلك الضرر ، فإن زال الضرر صحت وصار كطلاق المبتدأة ، وإن لم يزل لم تصح لأنها لو صحت لم ينفع الطلاق شيئاً فاحتيج إلى أن يطلق عليه ثانياً والطلاق الأول كاف .

فصل [١٠- فيما إذا لم تصح الرجعة] :

وإنما قلنا : إن الرجعة إذا لم تصح بانت منه ولم يحتج إلى ضرب أجل ثان

---

(١) سورة البقرة ، الآيتين : ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٢) انظر : الأم : ٥/ ٢٧١ - ٢٧٢ ، مختصر المزني ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، الإقناع ص ١٥٦ .

(٣) انظر : المغني : ٧/ ٣٣١ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

خلافاً للشافعي [1] ، لأنها مدة ضربت لإزالة ضرر بترك الوطء فلم تضرب ثانية كأجل العنين [2] .

فصــل [١١ - فيمن ترك الوطء مضاراً دون يمين] :

وإنما قلنا إذا ترك الوطء مضاراً وطال ذلك منه كان له حكم المولي ، لأن الأضرار بها موجود لا طريق إلى إزالته إلا بضرب الأجل ، فكان كالحالف ، ووجه القول أنه لا يضرب له أجل وتطلق عليه ، لأن الأجل للحالف وهذا غير حالف .

فصــل [١٢ - في تصديقه إذا كان له عذر في ترك الوطء] :

وإنما قلنا : إنه يصدق إذا كان له عذر من مرض أو حبس أو غيره لأن الظاهر أن ترك الوطء لأجله ، وإنما يحمل على الإضرار إذا لم يكن له ما يحمل عليه غيره وتصديق ذلك أن يكفر عن يمينه أو يلتزم ما يلتزمه الحانث ، فإن لم يفعل عرف كذبه والله أعلم .

* * *

(١) انظر : الأم : ٥/ ٢٧٢ - ٢٧٣ ، الإقناع ص ١٥٦ .

(٢) في (م) : العنة .

باب : [الظهار]

الظهار [1] محرم [2] لقوله تعالى : ﴿ الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾ [3] ، ففيها على تحريمه أدلة : أحدها إكذابهم في تشبيههم الزوجة بالأم، والأخرى إخباره بأنه قول منكر وزور ، والثالث إخباره بأنه تعالى يعفو ويغفر [4] .

فصل [١ - في حقيقة الظهار] :

حقيقة [5] الظهار تشبيه المرأة المحللة له بظهر [6] من تحرم عليه ، وصريحه أن يقول : أنت عليَّ كظهر أمي ، وهو الذي ورد الظاهر به ثم يجري غيره مجراه في كونه ظهاراً ، وتعلق الأحكام به فكان من تظاهر بمحرمة عليه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مهر ، فإنه مظاهر مثل أن يقول : أنت عليَّ كظهر أبي أو ابنتي أو أختي أو سائر ما يحرم عليه من القرابات من نسب أو رضاع أو امرأة أبيه

---

(١) الظهار : من الظهر إذا قال لامرأته : أنت عليَّ كظهر أمي ، وقيل : إنما خص ذلك بذكر الظهر لأن الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة ، وفي الاصطلاح : تشبيه زوج زوجه ، أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما ، والجزء كالكل والمعلق كالحاصل (انظر حدود ابن عرفة ص ٢٠٥ ، المصباح المنير ص ٣٨٨) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٢٩٥ ، التفريع : ٢/٩٤ - ٩٦ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٢ - ٢٨٤ .

(٣) سورة المجادلة ، الآية : ٢ .

(٤) في (ـق) : ويكفر ، وفي (ر) : يغفر عنهم .

(٥) في (ق) : حقيق .

(٦) في (م) : ظاهر .

أو ابن أو أم أو أم زوجته أو بنتها وقد دخل بالأم ، ولا فرق بين الظهر وغيره من الأعضاء ولا بين تشبيه الجملة بالجملة أو البعض بالبعض أو البعض بالجملة من أي الطرفين كان :

والجملة بالجملة أن يقول : أنت عليّ كأمي أو مثل أمي ، والبعض بالبعض مثل أن يقول : فرجك عليّ كظهر أمي وما أشبه ذلك .

والبعض بالجملة أو الجملة بالبعض كقوله : أنت عليّ كظهر أمي أو فرجك عليّ كأمي ، فأما التي لا تحرم بالتأبيد كالجارة وسائر الأجنبيات ، فإنه ظهار عند مالك وطلاق عند عبد الملك ، ويلزم الظهار فيمن تحل بالملك من أمته أو أم ولده(١) .

فصـل [٢ - لزوم الظهار في ذوات المحارم بالنسب والرضاع] :

وإنما قلنا : إن الظهار في ذوات المحارم بالنسب والرضاع خلافاً للشافعي في أحد قوليه (٢) فيما عدا الأمهات والجدات ، لأن البنوة والأخوة نسب متأبد التحريم كالأمومة ، وإنما سوينا بين الرضاع والصهر وبين النسب لأنه معنى يقتضي حرمة يوجب التحريم المؤبد كالنسب ، وإنما سوينا بين الظهر وبين سائر الأعضاء في لحوق الظهار بتشبيهه بها خلافاً للشافعي في قوله : أن الظهار لا يلزم إلا في الظهر وحده (٣) ، ولأبي حنيفة في قوله : أنه يلزم في كل عضو يحرم النظر إليه(٤) ، لأنه عضو من ذات محرم منه شبَّه امرأته به كالظهر ، وإنما لم نفرق بين التشبيه من أي الطرفين كان لأن المعنى حاصل وهو تشبيه الفرج المحلل بالفرج المحرم .

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/٢٩٥ - ٣٠٥ ، التفريع : ٢/٩٤ - ٩٦، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٣٨٢ - ٣٨٤ .

(٢) انظر : الأم : ٥/٢٧٧ ، مختصر المزني ص ٢٠٣ ، الإقناع ص ١٥٦ - ١٥٧ .

(٣) انظر : الأم : ٥/٢٧٨ - ٢٧٩ ، مختصر المزني ص ٢٠٣ ، وقال الماوردي : « . . . أو كبطنها أو كظهر امرأة لم تحل له قط . . » الإقناع ص ١٥٦ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٢، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٦٨.

فصــل [٣ - إذا قال : أنت عليّ كأمي أو كمثل أمي يكون مظاهراً] :

وإنما قلنا : إنه إذا قال : أنت عليَّ كأمي أو مثل أمي ، فإنه ظهار نوى أو لم ينو ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : أنه إذا لم ينو الظهار حمل على البر والكرامة [1] لأنه إذا أطلق تشبيه امرأته بأمه فلم ينفك من تحريم به كالنص على الظهر .

فأما الظهار من الأجنبية فوجه قول مالك في ثبوته إنه شبه امرأته بظهر محرمة عليه كالأم ، ووجه كونه طلاقاً أن الظهار يتعلق بتحريم مؤبد ، وذلك منتف في الأجنبية والتشبيه بها [2] يقتضي أن تحرم كتحريمها ، وليس ذلك إلا برفع عقد الاستباحة وذلك لا يكون إلا بالطلاق .

وإنما قلنا : إن الظهار يلزم في مالك اليمين خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] لقوله تعالى : ﴿ والذين يظهرون من نسائهم ﴾ [4] فعم ، ولأنه فرج محلل له فصح ظهاره منه كالزوجة .

فصــل [٤ - الظهار في الأجنبية] :

يلزم عقد الظهار في الأجنبية بشرط التزويج عم أو خص بخلاف الطلاق الذي لا يلزم عمومه ويلزم خصوصه [5] ، فأما لزومه بشرط العقد فلأنه معنى يحرم الوطء كالطلاق ، وأما جواز عمومه فلأنه لا يسد على نفسه استباحة البضع بذلك الجنس بخلاف الطلاق .

---

(١) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٦٩ ، الأم : ٥/ ٢٧٩ .

(٢) في (م) : به .

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢١٢ ، الأم : ٥/ ٢٧٦ ، الإقناع ص ١٥٧ .

(٤) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

(٥) في (ق) : خصه .

فصـل [٥ - متى تجب كفارة الظهار] :

ولا تجب الكفارة بنفس التظهر دون العقد [١] خلافاً لما يحكى عن مجاهد [٢] لقوله عز وجل : ﴿ والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ [٣] ، فعلق الوجوب بشرط زائد وهو العود ، ولأن الظهار يمين فلا تجب الكفارة إلا بالمخالفة ، والعود فيها هو الحنث كسائر الأيمان ـ المخالفة هي الحنث.

فصـل [٦ - معنى العود للمظاهر] :

الظاهر من مذهبنا أن العود هو العزم على الوطء فقط ، وقيل : العزم على الوطء والإمساك ، وقيل : هو الوطء نفسه [٤] ، وقال الشافعي : هو أن يمكنه أن يطلق فلا يفعل [٥] ، وقال داود : هو تكرار القول وإعادته [٦] .

ودليلنا أن العود هو المخالفة وذلك إنما يكون بالعزم على الوطء لأن الظهار إنما يقصد به تحريم الوطء دون العقد ، فإذا حصل ذلك فقد وجدت المخالفة ، ووجه القول بأنه الوطء أن مقتضى الظهار تحريم الوطء والعود هو الإقدام عليه دون العزم لأن الإقدام هو مخالفة الكف والامتناع .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٣٠٦ - ٣٠٧ ، التفريع : ٢/ ٩٥ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٤ .

(٢) **مجاهد** : الإمام أبو الحجاج المكي مولى السائب بن أبي السائب المخزومي ، روي عن ابن عباس وعن أبي هريرة وعائشة وغيرهم ، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء ، ثقة إمام في التفسير وفي العلم (ت ١٠٣ هـ) وله ثمانون (تقريب التهذيب ص ٥٢٠ ، شذرات الذهب : ١/ ١٢٥) .

(٣) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ٩٥ ، الكافي ص ٢٨٥ .

(٥) انظر : الأم : ٥/ ٢٧٩ ، الإقناع ص ١٥٦ .

(٦) انظر : بداية المجتهد : ٧/ ١١١ ، المغني : ٧/ ٣٥٣ ، نيل الأوطار : ٦/ ٢٩٤.

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى : ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾ [(1)] ، وثم للتراخي، فيجب أن يكون ذلك من صفات العود ، وفي القول بأنه الإمساك عقيب الظهار إيجاب اتصاله به وذلك خلاف الظاهر ، ولأن العود [(2)] لو كان هو الإمساك لم ينتف بالطلاق الرجعي لأنه [(3)] لا ينفي الإمساك .

ودليلنا على داود أن العود هو بالمخالفة لأنه سبب وجود [(4)] الكفارة كالحنث في اليمين ، ولأنها كفارة تتعلق بفعل من جهته فلم يفتقر إلى تكراره أصله كفارة القتل .

فصـل [٧ - تحريم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع بالظهار] :

الظهار يحرم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع : من الوطء فيما دون الفرج والقُبْلة واللمس للذة [(5)] ، خلافاً للشافعي في قوله : إنه لا يحرم إلا الوطء فقط[(6)] ، لقوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ [(7)] فعم ، ولأنه استمتاع كالوطء .

فصـل [٨ - كفارة الظهار] :

إذا ثبت أن الكفارة تجب بالعود فهي ثلاثة أنواع : إعتاق وصيام وإطعام ، وهي على الترتيب دون التخيير ، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة . . إلى قوله تعالى : فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام

---

(١) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

(٢) في (م) : القول .

(٣) لأنه : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : بوجوب .

(٥) انظر : المدونة : ٢/٣٠٤ ، التفريع : ٢/٩٥ - ٩٦ ، الكافي ص ٢٨٣ .

(٦) انظر : مختصر المزني ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، المهذب : ٢/١١٤ .

(٧) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

ستين مسكيناً ﴾ [1] ، وكذلك في حديث أوس بن الصامت [2] وسلمة بن صخر [3]) [4] ، ولا خلاف فيه [5] .

فصـل [٩ - في الرقبة المعتقة في كفارة الظهار] :

فأما الإعتاق فلا يجزي فيه إلا تحرير رقبة مؤمنة ليس فيها شرك [6] ولا عقد عتق من تدبير أو استيلاد أو كتابة أو قرابة تستحق العتق بنفس الملك ، وقد دللنا على هذا كله في كفارة الأيمان [7] بما يغنى عن رده ، ولا تجزيء إلا سليمة من العيوب ولا يجزي أقطع اليدين ولا أشلهما لأنه عيب يمنع نوعاً من المنفعة بكماله كالجنون ولا يجزيء أقطع واحدة خلافاً لأبي حنيفة [8] ، لأنه عضو يقطع في السرقة ، فكان فقده مانعاً من الإجزاء كاليدين ، ولا يجزيء مقطوع الإبهامين من اليدين والرجلين ، وكذلك الإبهام الواحدة لأن قوة الأصابع بالإبهام ، فإذا

---

(١) سورة المجادلة ، الآيتين : ٣ - ٤ .

(٢) **أوس بن الصامت** : الأنصاري ، الخزرجي ، أخو عبادة بدري ، وهو الذي ظاهر من امرأته قال ابن حبان : مات أيام عثمان وله خمس وثمانون (تقريب التهذيب ١١٦)

(٣) **سلمة بن صخر** : بن سلمان بن الصمة الأنصاري الخزرجي ، ويقال له : البياضي صحابي ظاهر من امرأته ، قال البغوي : لا أعلم له مسنداً غيره (تقريب التهذيب ٢٤٧).

(٤) أخرجه أبو داود في الظهار : ٢/ ٦٦٠ ، والترمذي في الطلاق ، باب : كفارة الظهار : ٣/٥٠٣ ، وقال : حديث حسن ، وابن ماجه في الطلاق ، باب : الظهار : ١/ ٦٦٥ ، والحاكم : ٢/٢٠٣ ، وقال : صحيح الإسناد .

(٥) انظر : الإجماع ص ١٠٦ - ١٠٧ ، بداية المجتهد : ٧/١١٧ ، المغني : ٧/٣٥٩، ٣٦٢ ، ٣٦٨ .

(٦) في (ق) : شيء .

(٧) انظر : الصفحة (٦٤١ - ٦٤٢) من الكتاب .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٧٠ - ٧١ .

فقدت انحلت قوة بقية الأصابع وضعفت فأثر ذلك في ضعف التصرف ونقص[1] العمل ، والأصبع الواحدة غير الإبهام مختلف فيه ، فأما قطع الأنملة وطرف الأصبع ، فإنه يسير لأنه لا يوقع نقصاً في المنافع بيِّناً ولا يضر في منع التصرف إضراراً شديداً وأقطع الأذنين لا يجزيء لأنهما عضوان فيهما منفعة وهو حوش[1] الصوت إلى السمع ودفع الضرر عنه ، ولأن في ذهابهما تشويهاً بالخلق .

فصل [١٠ - إذا كان العبد أعمى لا يجزي] :

ولا يجزيء الأعمى لأن بذهاب البصر يصير في حكم الزَمِن الذي لا تمكنه الحركة ولا التصرف ، واختلف في الأعور فقال مالك : يجزي لأن العين الواحدة تقوم له مقام العينين أو قريباً منهما ، فكان كمن بعينيه ضعف ، وقال عبد الملك : لا يجزيء لأنه فقد ما يجب به شطر الدية كأقطع اليد .

واختلف في الأصم فإذا قيل : يجزيء فلأن ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف الإضرار الشديد ، ولأن أكثر ما فيه صعوبة [٣] فهمه بالكلام وذلك يوصل إليه بما يقوم مقامه من الإشارة ، فإذا قيل : أنه لا يجزيء فلأنه نوع منفعة كاملة تضر بالعمل كالعمي وهو فرع النظر ، والخرس يمنع الأجزاء [٤] خلافاً للشافعي [٥] ، وإن كان معه صمم فهو أبين لأن فقد الكلام يجري مجرى فقد البصر واليد والرجل لأنه يضر بعمله وينقص تصرفه ويصعب إفهامه ونقل رغبة الناس فيه والمجنون لا يجزيء ، لأن فقد العقل أعظم من فقد جميع ما ذكرناه في انقطاع التصرف والعمل .

---

(١) في (ق) : تقطع .

(٢) في (ر) : حسوس .

(٣) في (ق) : معونة .

(٤) انظر : المدونة : ٢/٣١٣ - ٣١٥ ، التفريع : ٢/٩٦ - ٩٧ ، الرسالة ص ٢٠٤ .

(٥) انظر : الأم : ٥/٢٨٢ ، الإقناع ص ١٥٧ .

فصـل [١١ - في اشتراط التتابع في الصيام] :

فأما اشتراطنا التتابع في الصيام فلقوله تعالى : ﴿ فصيام شهرين متتابعين ﴾[١] وكذلك في حديث [٢] أوس وسلمة بن صخر ولا خلاف فيه [٣] .

فصـل [١٢ - الإطعام في كفارة الظهار] :

فأما الإطعام إذا لم يطق الصيام فهو أن يطعم ستين مسكيناً مداً بمد هشام [٤] وقد اختلف في مقداره، فقيل : مدان بمد النبي ﷺ، وقيل : أقل من مدين[٥] .

فصـل [١٣ - في عدد الإطعام] :

وإنما شرطنا العدد للنص الوارد فيه والخبر ، وقد ذكرناه في الأيمان [٦] ، وإنما شرطنا مد هشام لأن ذلك غالب الشبع في العادة ، ولأنها كفارة تنتقل من صيام إلى إطعام أبهمت في الظاهر فوجب الزيادة فيها على مد اعتباراً بكفارة الأذى .

فصـل [١٤ - منع الوطء قبل التكفير] :

ولا يجوز أن يطأ [٧] قبل التكفير [٨] لقوله تعالى: ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾[٩] فإن فعل فقد أثم ولا يلزمه أكثر من الكفارة خلافاً لمن حكي عنه أنه يلزمه

---

(١) سورة المجادلة ، الآية : ٤ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) انظر : الإجماع ص ١٠٧ ، بداية المجتهد : ١١٧/٧ ، المغني : ٣٦٢/٧ .

(٤) مد هشام : وهو قدر مد وثلثين من أمداده صلى الله عليه وسلم ، وقيل : قدر مدين من أمداده صلى الله عليه وسلم (انظر الفواكه الدواني : ٥٢/٢) .

(٥) انظر : المدونة : ٣٠٩/٢ - ٣١٠ ، التفريع : ٩٦/٢ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٥ .

(٦) راجع الصفحة (٦٤١) .

(٧) في (م) : الإيلاء وهو خطأ .

(٨) انظر : المدونة : ٣٠٤/٢ - ٣٠٥ ، التفريع : ٩٥/٢ - ٩٦ ، الرسالة ص ٢٠٤.

(٩) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

كفارة أخرى [1] لأنه وطيء بعد استقرار وجوب الكفارة عليه كالثاني والثالث.

فصل [١٥ - عدم سقوط الكفارة عمن وطء قبل التكفير] :

ولا تسقط الكفارة عنه [2] خلافاً لمن حكي عنه [3] لحديث أوس لما أخبر النبي ﷺ بأنه وطيء امرأته فأمره بالكفارة [4] ، ولأنه ليس في تقديم الوطء على الكفارة أكثر من ركوب الإثم والعود الموجب لها حاصل فلم يؤثر في سقوطها .

فصل [١٦ - الوطء في خلال كفارة الصيام أو الإطعام] :

ولا يجوز أن يطأ في خلال الصيام أو الإطعام ليلاً ولا نهاراً ، فإن فعل استأنف [5] ، خلافاً للشافعي [6] ، لقوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ﴾ [7] ، وهذا الشرط عائد إلى الجملة والإبعاض ، ولأن كل زمان يمتنع [8] الوطء لإيقاع عبادة فيه ، فإن ذلك الوطء يوجب استئنافه ولا يختلف بزمان الليل والنهار أصله الحج والصلاة ، ولأنه وطء في الزمان الذي حرم عليه الوطء فيه بفعل الصيام عن ظهاره كالوطء نهاراً .

---

(١) حكي عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة : أن عليه كفارتين (المغني : ٧/ ٣٨٣) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ٣٠٤ - ٣٠٥ ، التفريع : ٢/ ٩٥ - ٩٦ ، الرسالة ص ٢٠٤، الكافي ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .

(٣) قال صاحب المغني : حكي عن بعض الناس ولم يصرح عنهم (المغني : ٧/ ٣٨٣)

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٣) .

(٥) انظر : المدونة : ٢/٣٠٨ - ٣٠٩ ، التفريع : ٢/٩٦ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٥ .

(٦) انظر : مختصر المزني ص ٢٠٦ ، الإقناع ص ١٥٧ .

(٧) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

(٨) في (م) : يمنع .

فصـل [١٧ - في كفارة العبد في الظهار] :

وكفارة العبد مثل كفارة الحر إلا أنه لا يصح منه التكفير بالإعتاق أذن له سيده أو لم يأذن له ويكفر بالصيام ، فإن عجز عنه كفر بالإطعام إذا أذن له سيده عند ابن القاسم ، وإن منعه منه انتظر القدرة على الصيام ، وعند غيره لا يجزيه (١) ، وإنما قلنا : إن كفارته لا تنقص عن كفارة الحر لأنه لم يعتبر فيها الفضيلة وتأكد الحرمة كالطلاق والحدود واعتباراً بكفارة الصيد واليمين ، وإنما قلنا : إنه لا يصح أن يكفر بالعتق لأن الولاء لا يثبت له مع رقه ولا يرجع إليه إن عتق ولا يصح الإعتاق إلا لمن يثبت له الولاء ، وإنما قلنا : إنه يكفر بالصيام لأنه عاجز عن الإعتاق فكان فرضه الصيام ، ووجه تجويز الإطعام اعتباره بالحر ، ولأنه يملكه من جميع وجوهه بخلاف الإعتاق ، ووجه منعه فلأنه ليس من أهل الأملاك المستقرة فكان فرضه الصيام وبالله التوفيق (٢) .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ٣٠٧/٢ ، التفريع : ٩٧/٢ ، الكافي ص ٢٨٦ .

(٢) وبالله التوفيق : سقطت من (م) .

باب : [في اللعان]

اللعان [1] ثابت بدليل الكتاب والسنة والإجماع [2] ، فالكتاب قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين .. ﴾ [3] الآيات ، والسنة حديث العجلاني [4] لما قال : يا رسول الله ، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع ، فقال رسول الله ﷺ : قد أنزل الله تعالى فيكما قرآناً ولاعن صلى الله عليه وسلم بينهما [5] ، وحديث هلال بن أمية [6] وشريك [7]) [8] ، وفيه ضرب من المعنى وهو أن النسب يلحق بالفراش ولا يمكنه إقامة البينة وبه

---

(١) اللعان لغة : المباهلة (الصحاح : ٦/٢١٩٦) .

وفي الاصطلاح قال ابن عرفة : هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض (انظر حدود ابن عرفة ص ٢١٠)

(٢) انظر الإجماع ص ١٠٧ ، بداية المجتهد : ٧/١٢٧ ، شرح مسلم - للنووي : ٦/٣١٥ ، فتح الباري : ٩/٣٦٢ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٦ .

(٤) **العجلاني** : عاصم بن عدي بن الجد بن العجلان الأنصاري ، صحابي شهد أُحُداً مات في خلافة معاوية ، وقد جاوز المائة ، وفي الصحيح حكاية ابن عباس قصة الملاعنة (تقريب التهذيب ص ٢٨٥) .

(٥) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : اللعان ومن طلق بعد اللعان : ٦/١٧٧ ، ومسلم في اللعان : ٢/١١٢٩ ، ومالك : ٢/٥٦٦ - ٥٦٧ .

(٦) **هلال بن أمية** : بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بدراً ، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم (الإصابة ٦/٢٨٩) .

(٧) **شريك** : بن سحماء وهي أمة ، وأبيه عبدة بن متعب بن الجد بن عجلان البلوي ، حليف الأنصار (الإصابة : ٣/٢٠٦ .

(٨) الحديث أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : قول الإمام اللهم بين : ٦/١٨١ .

ضرورة إلى نفي نسب ليس منه ، فجعل له طريق إلى نفيه وهو اللعان ، ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعة عنه ولفسدت الأنساب واختلط الصحيح منها بالفاسد .

فصـل [١ - فيما يكون اللعان] :

واللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما عدلين أو فاسقين[١]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن اللعان لا يثبت إلا من زوجين يكونان أو أحدهما من أهل الشهادة [٢] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ [٣] الآية وهذا عام ، ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه أصله الحر ، ولأن كل معنى صح أن يخرج به القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من ليس من أهلها أصله البينة ، ولأن الضرورة إلى نفي النسب الذي ليس منه لما كان له قذف (زوجته جائزاً معها بخلاف الأجنبي الذي لا ضرورة به إلى قذف)[٤] غيره أوجب ذلك اختلافهما في اللعان لاختلافهما في الضرورة الداعية إلى ما يوجبه وهذا يشترك فيه من كان من أهل الشهادة ومن ليس من أهلها .

فصـل [٢ - في كون اللعان يمين] :

اللعان عندنا يمين [٥] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنها شهادة [٦] ، وفائدة الخلاف أنه يصح ممن تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته [٧] لقوله صلى الله عليه

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٣٣٥ - ٣٣٦ ، التفريع : ٢/ ٩٧ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٧٤.

(٣) سورة النور ، الآية : ٦ .

(٤) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ٩٩ ، الكافي ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٧٦، تحفة الفقهاء : ١/ ٢١٧ .

(٧) شهادته : سقطت من (م) .

وسلم في حديث هلال بن أمية إن جاءت به على نعت كذا وكذا ، فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » [1] ، ولأنه يخالف الشهادة في كثير من شروطها ، منها دخول النساء فيه ولا مدخل لهن في الشهادة [2] على الزنا وتكرار ألفاظه ولعن الملتعن نفسه إن كان يشهد به بخلاف ما هو به وجوازه من الفاسقين وإن لم يكونا من أهل الشهادة وكذلك الأعمى .

فصل [٣ - فيما وضع له اللعان] :

اللعان موضوع لرفع النسب وسقوط الحد في القذف ، فإذا قذف الرجل امرأته بالزنا ، فإن ادعي رؤية وحقق ذلك ووصفه كما يصف الشهود في الزنا فله أن يلاعن : (ويسقط الحد عن نفسه فإن اقتصر على مجرد قذفها من غير ادعاء وصفه [3] فقيل يلاعن) [4] ، وقيل : يحد ولا يلاعن إن كانت ممن يحد قاذفها وهذا كله إن لم يطأها [5] بعد رؤيته ، فأما إن زعم أنه وطئها [6] بعد ذلك حد ولم يلاعنها ، وإذا لاعن لرؤية الزنا ثم أتت بولد ففيه روايتان : إحداهما سقوطه عنه والأخرى لحوقه به ، وإذا التعن سقط الحد عنه ولزمها إسقاطه باللعان، فإن التعنت وإلا حدت .

فصل [٤ - اللعان يكون بالرؤية ويبدأ بالزوج] :

وإنما قلنا : إنه يلاعن بالرؤية لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم من شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ [7] الآية ،

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٨) .

(٢) في (م) : الشهادات .

(٣) في (ر) : رؤية .

(٤) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٥) في (ق) : إذا لم يطأ .

(٦) في (ق) : وطء .

(٧) سورة النور ، الآية : ٦ .

ولأن الحد متوجه عليه إذا كانت ممن يحد قاذفها فله أن يخلص نفسه منه باللعان ولذلك بديء بالالتعان لأن الحد متوجه عليه بالظاهر وبذلك ورد النص ، ولأنه صلي الله عليه وسلم بدأ بهلال بن أمية في اللعان [١] ، ولأن الزوج هو القاذف واللعان يخلصه من القذف فإن أتى به وإلا حد فوجب تبديته ، والمرأة لم يكن من جهتها ما يلزمها به تخلص نفسها منه بالالتعان ، فإذا ثبت ذلك فإن التعن [٢] سقط الحد عنه ، وإن نكل حد خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا يحد ويحبس حتى يلاعن [٣] لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ [٤] ، وقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية : « البينة وإلا حد في ظهرك » [٥] ، ولأنه قاذف لحرة مسلمة عفيفة فلزمه الحد كالأجنبي ، ولأنها حرة مسلمة عفيفة قذفها من لم يحقق قذفه ، فوجب أن يحد لها كالأجنبي ، ولأن قول الزوج يقبل عليها أكثر من قول الأجنبي ، فكان بالحد أولى .

فصل [٥ - سقوط الحد بالتعانه] :

وإنما قلنا : إنه إذا التعن سقط الحد عنه لأن لعانه جعل بمنزلة إقامة البينة عليها فلما كانت البينة تسقط الحد عنه فكذلك اللعان .

فصل [٦ - الحد ينتقل إلى المرأة] :

وإنما قلنا : إن الحد ينتقل إلى المرأة لما ذكرناه ، لأن اللعان كالبينة ويدل عليه قوله تعالى عقيب ذكر لعان الزوج : ﴿ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٨) .

(٢) فإن التعن : سقط من (م) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٧٥ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٨) .

شهادات بالله ﴾ [١] يعني نفي [٢] الحد لأنه معروف [٣] ، فإذا ثبت هذا فلها أن تخلص نفسها بالالتعان فإن التعنت سقط الحد عنها ، وإن نكلت حدت إما بالرجم إن كانت محصنة أو بالجلد إن كانت بكراً ، وقال أبو حنيفة : لا حد عليها [٤] .

ودليلنا قوله تعالى : ﴿ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ﴾ [٥] الآية ، فذكر لعان الزوج ثم عقبه بالأخبار عما يسقط عنها العذاب المتوجه عليها بلعانه وهو أن يلتعن ، فدل أن الحد قد لزمها بلعانه ، وأن لها التخلص منه بأن تلتعن ، ولأنه معنى يسمع في تحقيق القذف ، فجاز أن يجب به الحد كالبينة .

فصــل [٧ - صفة الرؤية في اللعان] :

واختلف في وصفه الرؤية : فقيل : يجب أن يبين فيقول : رأيت فرجه يلج[٦] في فرجها كما يلج المرود [٧] في المكحلة كما يقول الشهود ، وقيل : لا يحتاج إلى ذلك ويكفي ادعاء الرؤية فقط [٨] .

فوجه الأولى أن لعانه تحصل به المعرة على المرأة ويلزمها الحد الذي هو الرجم أو الجلد ويخلصه من حد القذف [٩] فغلظ عليه حتى إذا رأى أن الأيمان تلزمه

---

(١) سورة النور ، الآية : ٨ .

(٢) نفي : سقطت من (م) .

(٣) في (ق) : معرف .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ - ٢١٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٧٥/٣ .

(٥) سورة النور ، الآية : ٨ .

(٦) يلج : سقطت من (ق) .

(٧) المردود : آلة معروفة .

(٨) انظر : المدونة : ٣٤٠/٢ - ٣٤٢ ، التفريع : ٩٨/٢ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٧ - ٢٨٨ .

(٩) في (م) : الحد .

على تلك الصفة المتحققة [1] وعلى تفصيلها وأنه يلعن نفسه إن كان كاذباً ردعه ذلك وزجره إن كان غير محقق ، ولأن ذلك لما لزم في الشهادة كان بأن يلزم الزوج الذي تثبت الأحكام بقوله : ودعواه أولى .

ووجه الثانية قوله تعالى : ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ [2] ، وظاهرة أن هذا القدر كاف ولأنه حالف على رؤيته كالواصف والفرق بينه وبين الشهود أن به ضرورة إلى القذف ولا ضرورة بهم .

فصـل [٨ - وجه كل من قال : يلاعن بمجرد القذف ، أو بالرؤية] :

ووجه القول بأنه يلاعن بمجرد القذف من غير ادعاء رؤية لقوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ﴾ [3] فعم ، ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة فجاز تحقيقه باللعان أصله مضاف إلى الرؤية ، ووجه القول أنه يلاعن أن اللعان معنى يتخلص به عن حد القذف ، فوجب أن يحتاج إلى رؤية أصله الشهادة ، ولأن اللعان واقع على أفعال يدعيها وذلك يتضمن الشهادة واعتباراً بالشهود .

فصـل [٩ - في إقامة الحد عليه إذا اعترف أنه وطء بعد أن رآها تزني] :

وإنما قلنا : إنه إذا اعترف أنه وطء بعد أن رآها تزني ، فإنه يحد ولا يلاعن لأن اللعان لا يمكن أن ينفي به النسب مع اعترافه بالوطء وثبوت حكم الفراش ولا معنى [4] لإسقاط الحد لأن العادة تشهد [5] بكذبه ، لأن الإنسان لا يطأ امرأته بعد أن يراها تزني فإذا ادعى ذلك فقد أكذب نفسه .

فصـل [١٠ - إذا ظهر حمل بعد التعانه] :

وجه القول بأنه إذا ظهر حمل بعد التعانه بالرؤية فإنه لا يلحق به لأن أصل

---

(١) في (م) : المحققة .

(٢) سورة النور ، الآية : ٨ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٦ .

(٤) معنى : سقطت من (م) .

(٥) شهد : سقطت من (م) .

اللعان لنفي النسب لأن الضرورة إلى ذلك تدعوا دون دعوى الزنا ، وإنما تجري إلى الحد وإذا كان كذلك سقط الحد بلعانه وتضمن ذلك نفي حمل إن حدث وإن اعترف به بعد حد ولحق به .

ووجه القول بأنه يلحق به هو أن الالتعان الماضي كان لإسقاط الحد لأنه لم يكن هناك [1] حمل يعلمه فيقصد نفيه ، فإذا ظهر حمل احتاج في نفيه إلى لعان يخصه ، فإن التعن على الشرط الذي يلتعن في نفي النسب سقط عنه الحد وإلا لحق به .

فصل [١١ - إذا نفى حمل امرأته] :

وإذا نفى حمل امرأته ، فإن ادعى أنه استبرأها بعد وطئه ثم لم يطأها حتى ظهر الحمل بها فله أن يلاعنها ، فإن قال لم [2] استبرئها ، وهذا الحمل ليس مني فقيل له : أن يلاعن ، وقيل : ليس له ذلك ويلحق به الولد ويحد ، وفي قدر الاستبراء روايتان : إحداهما أنه بحيضة واحدة ، والأخري أنه ثلاثة حيض ، ولا يحتاج في الالتعان لنفي الحمل المجرد إلى قذف ، وله أن يلاعنها حاملاً قبل وضعها ، فإذا اعترف بالحمل ثم ادعي أنه رآها تزني ففيها ثلاث روايات : إحداها أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية أنه لا [3] يلاعن وينتفي عنه الولد ، فإن اعترف به من بعد حد ، والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد [4] .

فصل [١٢ - اللعان في نفي النسب] :

وإنما قلنا : إن له أن يلاعن في نفي النسب لأنه صلى الله عليه وسلم لاعن

---

(١) في (م) : هنا لك .

(٢) في (م) : لن .

(٣) لا : سقطت من (ق) .

(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٣٨/٢ - ٣٤٠ ، التفريع : ٩٨/٢ ، الكافي ص ٢٨٨ .

بين المتلاعنين في ذلك [(١)] ، ولأن به ضرورة إلى نفي نسب منه ، وأصل اللعان الضرورة التي لا طريق إلى انتفائها إلا به ، فلو لم يلاعن لم يكن له طريق إلى نفي نسب ليس منه .

فصـل [١٣ - الاستبراء في اللعان] :

وإنما قلنا : لا بد من الاستبراء لأن الحمل لا ينتفي إلا بأن يعلم براءة الرحم من ماء الزوج ، وذلك لا يكون إلا بالاستبراء ، لأنه ما لم يستبرىء يمكن أن الحمل من مائه ، والقول الآخر فيه ضعف ووجهه أن ذلك موكول إلى أمانته فقبل قوله في النفي ، وجعل له الالتعان لأنه لا يعلم أن الأمر على ما يدعيه إذا لم يدع الاستبراء .

فصـل [١٤ - في كون الاستبراء يكون بحيضة] :

ووجه قوله : إنه حيضة فلأن الغرض العلم ببراءة الرحم ، وذلك يحصل بالحيضة ولأنها حال ضرورة لأمر يخاف فواته ولا يستدرك والمواضع التي يراعي[(٢)] فيها زيادة على ذلك فلحرمة الحرية ، وذلك زائل مع الضرورات ، ووجه اعتبار الثلاث اعتباره بما عدى اللعان .

فصـل [١٥ - في لعانه في نفي النسب المجرد عن القذف] :

وإنما قلنا : إنه يلاعن في نفي الحمل المجرد من غير حاجة إلى قذف خلافاً لأصحاب الشافعي [(٣)] ، لأن ضرورته إلى نفي النسب موجودة ، وهي أصل ما وضع له الحد ولا ضرورة له إلى القذف ، ولأن الدعوى تتم مع عدمها ، وكلما

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير ، باب : تفسير سورة النور : ٣/٦ ، ومسلم في كتاب اللعان : ١١٢٩/٢ - ١١٣٠ .

(٢) في (ق) : يراها .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ٢١٢ - ٢١٣ ، الإقناع ص ١٥٨ - ١٥٩ .

صحت الدعوى مع فقده لم يكن وجوده شرطاً اعتباراً بسائر ما لا تحتاج الدعوى إليه وقياساً عليه إذا ضامَّه القذف [1] .

فصـل [١٦ - في لعان الحامل] :

وإنما قلنا : إنه يلاعنها حاملاً خلافاً لأبي حنيفة [2] ، لأنه صلى الله عليه وسلم لاعن بين المتلاعنين في نفي الحمل قبل الوضع وقال : « إن جاءت به على نعت كذا فهو لزوجها وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك » [3] ، فجاءت به على النعت المكروه ، ولأنه نسب يجوز إسقاطه باللعان بعد الوضع فجاز قبله كالفراش .

فصـل [١٧ - انتفاء النسب بالتعان الزوج] :

وينتفي النسب بالتعان الزوج وحده ولا يفتقر فيه إلي التعان المرأة [4] ، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإثبات النسب منه وإسقاط الحد عنها ، ولا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه .

فصـل [١٨ - اللعان في النكاح الفاسد] :

ويلتعن في النكاح الفاسد [5] خلافاً لأبي حنيفة [6] لأنه نكاح يثبت فيه النسب فلحق فيه اللعان أصله النكاح الصحيح .

فصـل [١٩ - فيمن اعترف بالحمل وادعى رؤية الزنا] :

فأما إذا اعترف بالحمل ثم ادعى رؤية الزنا ، فوجه قوله : إنه لا يلاعن أن أصل اللعان لنفي النسب ويتعلق به سقوط الحد ويجوز أن يجتمع مع ثبوت ما

---

(١) في (م) : العزو .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٧٨/٣.

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٨) .

(٤) انظر : المدونة : ٣٤١/٢ ، التفريع : ٩٨/٢ ، الكافي ص ٢٩٠ .

(٥) انظر : التفريع : ٩٧/٢ -٩٨ ، الكافي ص ٢٨٩ .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء : ٢١٩/١ .

يقصد به نفيه ، فإذا ثبت ذلك لم يكن اللعان مفيداً لإسقاط الولد ولم يكن له أن يلاعن ، وإذا لم يكن له أن يلاعن لزمه أن يحد القذف ويلحق به الولد لثبوت الفراش .

ووجه قوله : إنه يلاعن وينتفي النسب أن اللعان يجب للقذف ويجر إلى نفي النسب لأنه لا يجوز أن يقع اللعان وينتفي مقصوده ولا اعتباره بإقراره بالحمل لأن اللعان إذا ثبت ثم رجع عن بعض موجبه حد ولم يمنعه ذلك من أصل الالتعان ، ووجه قوله : إنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد عنه أن اللعان موضوع في الأصل لأمرين : أحدهما سقوط الحد بالقذف ، والآخر نفي النسب فلا يمتنع أن يلتعن لأحدهما مع عدم الآخر [1] .

فصل [٢٠ - في صفة اللعان] :

وصفة اللعان [2] : يشهد الرجل أربع شهادات بالله : لقد زنت ، ولقد رآها تزني ، ورأي فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة ، وإنه لمن الصادقين ، فإن لم يصف كان الحد [3] على ما بيناه من الخلاف في نفي الحمل : لما هذا الحمل مني ولقد زنت إن ادعى زنا ، وإن كان نفي حمل مجرد لم يحتج إلى ذلك ، ويجب في الجملة أن يقع اليمين على تحقيق ما ادعى باللفظ الذي يقل فيه الاحتمال والاشتراك ثم يقول في الخامسة : وإلا فلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تلتعن هي فتشهد أربع شهادات بالله بنقيض [4] ما شهد هو به ثم تخمس بأن تقول : وإلا فغضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ولا ينبغي أن تتعدي الألفاظ التي ورد النص بها ، ولا أن يبدل بها غيرها لأن النص أوجب تعيين لفظ مخصوص كإيجاب عدد الشهادات .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٣٣٨ - ٣٤٠ ، التفريع : ٢/٩٨ - ٩٩ ، الكافي ص ٢٩٠ .

(٢) في وصف اللعان انظر : المدونة : ٢/٣٣٥ - ٣٣٦ ، التفريع : ٢/٩٩ - ١٠٠ ، الكافي ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٣) الحد : سقطت من (ق) .

(٤) في (ق) : بتنقيض .

فصل [٢١ - وقوع الفرقة بالتعانهما جميعاً] :

ولا تقع الفرقة إلا بالتعانهما جميعاً ، فإن التعن هو ونكلت سقط الحد عنه ورجمت إن كانت محصنة وإلا جلدت (١) لأن بلعانه قد حقق القذف عليها كالبينة والزوجية بينهما باقية ما لم تلعتن (٢) ، خلافاً للشافعي في قوله : إن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده (٣) ، لأن هلال بن أمية لما التعن دعا رسول الله ﷺ بها فلما التعنت فرق بينهما (٤) ، فذكر الحكم وسببه ، ولأن اللعان لم يكمل من جهتها فلم تقع الفرقة أصله إذا لم يكمل من الزوج ، ولأنه لعان من أحد الزوجين ، فكان له تأثير في الفرقة أصله لعان الزوج .

فصل [٢٢ - وقوع الفرقة باللعان] :

والذي يدل على وقوع الفرقة باللعان خلافاً لمن حكي عنه أن الزوجية باقية بالتعانهما (٥) ، قوله صلى الله عليه وسلم : « حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها » (٦) ، وروي أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين (٧)، ولأنه لما قطع النسب الذي هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع الفراش أولى.

---

(١) انظر : المدونة ص ٣٣٧ ، التفريع : ٢/ ١٠٠ ، الكافي ص ٢٨٩ .

(٢) في (ق) : تتعلق .

(٣) انظر : الأم : ٥/ ٢٩١ - ٢٩٢ ، الإقناع ص ١٥٨ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٨) .

(٥) في رواية عن الإمام أحمد : أن الفرقة لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما (انظر مختصر الخرقي ص ١٠٨ ، المغني : ٧/ ٤١٠) .

(٦) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : قول الإمام للمتلاعنين أن أحدكما كاذب : ٦/ ١٨٠ ، ومسلم في اللعان : ٢/ ١١٣٢ .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٨) .

فصل [٢٣ - عدم الحاجة إلى حكم الحاكم بالفرقة] :

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بالفرقة [(١)] خلافاً لأبي حنيفة [(٢)] لأنه صلى الله عليه وسلم نفى اجتماعهما عند حصول التسمية لهما [(٣)] ، وذلك حاصل وإن لم يفرق بينهما حاكم ، ولأن النسب لا يتعلق نفيه بلعانها لأنها تثبته باللعان وهو ينفيه فلا معنى لحكم الحاكم .

فصل [٢٤ - تحريم الزوجة باللعان مؤبداً] :

والتحريم باللعان يقع مؤبداً لا تحل له بعده على وجه لا بنكاح ولا ملك ، أكذب نفسه أو أقام على ما كان عليه [(٤)] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه إن أكذب نفسه حلت له [(٥)] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا سبيل لك عليها» [(٦)] ولأن كل تحريم أوجب التأبيد لم يكن له إلى رفعه سبيل بإكذاب نفسه أصله إقراره بأنها أخته من نسب أو رضاع ، ولأن حصول التحريم باللعان يقتضي استدامته ومنع ارتفاعه [(٧)] أصله إذا أقام على موجب لعانه ولم يكذب نفسه .

فصل [٢٥ - لحوق الولد به إن أكذب نفسه] :

إذا ثبت أنه بإكذابه نفسه لا تحل له فإنه يلحق به الولد إن كان اللعان في نفي حمل لأن له أن يستلحق ولده بعد نفيه ولا يقبل منه نفيه بعد الاعتراف ويجلد الحد بإقراره بقذفها إن كانت ممن يحد قاذفها .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ١٠٠ ، الكافي ص ٢٩٠ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٧٧.

(٣) كما جاء في الأحاديث التي سبق ذكرها .

(٤) انظر : المدونة : ٢/ ٣٤٥ ، التفريع : ٢/ ١٠٠ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٨٩ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٧٧ ، وقال أبو يوسف : التحريم مؤبد .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) في (م) : إيقاعه .

فصل [٢٦ - في لعان الأخرس والخرساء] :

يصح لعان الأخرس والخرساء إذا فهم عنهما بإشارة أو بكتابة [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لأن كل هذا تواضع على ما تفهم به المعاني التي في النفس فكانت كالنطق ، ولأن الكتابة يقع بها الطلاق وكل نوع وقع به الطلاق جاز أن يقع به اللعان كالنطق .

فصل [٢٧ - في لعان الأعمى] :

الأعمى يلاعن في نفي النسب لأنه [٣] يتأتى منه كتأتيه من البصير ، فأما في القذف ، ففيه اختلاف [٤] : فإذا قلنا : لا يصح لعانه فلأنه متعلق بالرؤية وذلك ممتنع منه ، وإذا قلنا : يصح فلأن اللمس [٥] نوع من المحسوس كالرؤية .

فصل [٢٨ - إذا تصادقا على انتفاء النسب والاعتراف بالزنا هل لا بد في ذلك من اللعان] :

إذا تصادقا على انتفاء النسب أو الاعتراف بأنها زنت ، فهل يكفي ذلك في انتفاء النسب أم لا بد من اللعان ؟ ففيه روايتان [٦] : فوجه قوله : إن التصادق كاف أنه معنى يخلصه من القذف فوجب أن ينتفي به النسب عنه مع دعواه أصله اللعان .

ووجه القول إنه لا بد من لعان أن ذلك تواطء منهما على سقوط حق الولد فلا يقبل إلا باللعان الذي هو طريق نفيه .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٣٤٣ .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ٢١١ .

(٣) في (م) : لأن طريقه .

(٤) انظر : المدونة : ٢/٣٤٢ - ٣٤٣ .

(٥) في (م) : الحس .

(٦) انظر : التفريع : ٢/٩٩ ، الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ص ٢٩ .

باب : [في العدة]

الموجب للعدة [1] شيئان : طلاق وما في معناه من فسخ النكاح وموت ، والعدة من الطلاق أو الفسخ لا تكون إلا في مدخول بها ، فأما من لم يدخل بها فلا عدة عليها والعدة ثلاث أضرب : عدة بأقراء ، وعدة بوضع حمل ، وعدة بشهور .

والمعتدات ثلاث : فذات حيض وممتنع عليها الحيض لصغر أو إياس ومرتابة ، وعلى وجه آخر ينقسمن إلى ضربين : ضرب تُكمل لا تنقسم العدة فيهن : (وهن الحرائر ، وضرب ينصف فيهن وهن الأرقاء لأن متى كمل الرق فيهن) [2] أو تبعض فتنتصف نوع من العدة فيهن دون جميعها على ما نبينه إن شاء الله [3] .

فصل [١ - العدة تكون على مدخول بها] :

وإنما قلنا : أنه لا عدة إلا على مدخول بها من الطلاق والفسخ دون الموت لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ [4] ، ولأن براءة رحمها معلومة [5] والعدة في الطلاق للاستبراء فقط .

---

(١) العدة لغة : مأخوذة من العد والحساب ، واصطلاحاً : هي مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه (انظر المصباح المنير ص ٣٩٦ ، الفواكه الدواني : ٢/ ٦٢) .

(٢) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/ ٦٨ ، ٧٥ ، ٨١ ، التفريع : ٢/ ١١٤ - ١١٨ ، الرسالة ص ٢٠٦ - ٢٠٧ ، الكافي ص ٢٩٢ - ٢٩٤ .

(٤) سورة الأحزاب ، الآية : ٤٩ .

(٥) معلومة : سقطت من (ق) .

فصــل [٢ - العدة بالإقراء] :

فأما العدة بالأقراء [١] فتكون بالطلاق والفسخ دون الموت لا خلاف فيه [٢] وهي لمن تحيض وتطهر بثلاثة قروءة للحرة وقرآن للأَمَة ، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [٣] ، وأجمعوا أن فسخ النكاح يجب له من ذلك ما يجب بالطلاق في النكاح الصحيح [٤] .

فصــل [٣ - في معنى الأقراء] :

والأقراء الأطهار وهي [٥] ما بين الحيضتين من الطهر [٦] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن الأقراء الحيض [٧] لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [٨] ففيه أدلة :

أحدها : أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض والمراد أحدهما ، فيجب إذا قعدت ثلاثة قروء وينطلق عليها الاسم أن يجز بها ، وإن شئت بنيتها على تعليق الحكم بأوائل الأسماء كالشفقين [٩] والأبوين واللمسين .

---

(١) الأقراء : جمع قرء - بفتح القاف - وأصل القراء الوقت يقال : جاء فلان لقرئه أي لوقته ، فلما كان الطهر يجيء لوقت سمي قرءاً ، وهو يطلق على الطهر والحيض (انظر غرر المقالة ص ٢٠٦ ، المصباح المنير ص ٥٠١) .

(٢) انظر : الإجماع ص ١٠٨ ، بداية المجتهد : ٧١/٧ ، شرح مسلم : ٢٥٦/٦ ، المغني : ٤٤٨/٧ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٤) انظر : الإجماع ص ١٠٨ ، بداية المجتهد : ٧١/٧ ، شرح مسلم : ٢٥٦/٦ ، المغني : ٤٤٨/٧ .

(٥) في (م) : وهو .

(٦) انظر : التفريع : ١١٤/٢ ، الرسالة ص ١٠٦ ، الكافي ص ٢٩٣ .

(٧) انظر : مختر الطحاوي ص ٢١٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٨٠.

(٨) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٩) في (م) و(ر) : كالشقيقين .

والآخر أنه بصيغة التذكير لأن جمع المؤنث ما دون العشرة بغيرها ، وذلك يفيد أنه جمع قرء وهو طهر لا حيضة .

والثالث أن إطلاق الأمر والأخبار عن الوجوب على الفور ولا يمكن ذلك إلا على ما نقوله أن يطلقها طاهراً فتعتد عقيب الطلاق أو حائضاً فعقيب الحيض قوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ [1] أي في حال يعتدون فيها وعندهم أن حال الطهر ليست بحال عدة ، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » [2] وهذا نص ، ولأنه حيض كالذي يطلق فيه ، ولأنها [3] زمان يجوز إيقاع الطلاق فيه فوجب أن يكون معتداً به أصله الحمل .

فصــل [٤ - في عدة الأمة] :

وإنما قلنا : إنها قرآن للأَمَة خلافاً لداود في تسويته بينها وبين الحرة [4] ، بناء على نقصان طلاق العبد وقد ذكرناه ، ولأن العدة معتبرة مع عدم الريبة لحرمة المعتدة فتكمل بكمال حرمتها وتنقص بنقصان حرمتها ، وحرمة الأَمَة أخفض من حرمة الحرة ، فكانت عدتها على النصف ، وإنما قلنا : إنها تكمل قرءين لأن القرء لا يتبعض فكمل كما كمل طلاق العبد اثنتين ، وإنما سوينا بين من استغرقها الرق وبين من تبعض فيها لأن النص بالرق قد شملهن وغلب على أحكامهن .

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٢٦) .

(٣) في (م) : فلأنه .

(٤) انظر : بداية المجتهد : ٧/ ٨٧ ، الميزان : ٢/ ١٣٥ ، رحمة الأَمَة في اختلاف الأئمة: ٢/ ٨٤ .

فصل [٥ - في التسوية بين المسلمة والكتابية في العدة] :

والمسلمة والكتابية يستويان في ذلك لعموم الظواهر ، ولأنها عدة لاستبراء الرحم كوضع الحمل [١] .

فصل [٦ - متى تحل الحرة والأَمَة] :

وإذا دخلت الحرة في الدم من الحيضة الثالثة حلت والأَمَة إذا دخلت في الحيضة الثانية وأقل ما يقبل قولها فيه ما يمكن مثله في العادة فقيل : خمسة وأربعون ، وقيل : أربعون ، وقيل : في شهران إن أمكن أن يكون مثله ، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب معلقاً بالإمكان في العادة [٣] .

فصل [٧ - العدة بوضع الحمل] :

فأما الإعداد بوضع الحمل فيستوي فيه المعتدات كلهن حرائرهن وإمائهن والمسلمات والكتابيات ، والأسباب الموجبة له من الطلاق والفسخ والشبهة والموت ولا تحل المعتدة إلا بوضع جميعه وما دام معها بقية من الحمل فحكمها حكم من لم تضع شيئاً في وجوب الرجعة وثبوت الميراث وتحل بوضع العلقة والمضغة وما يقع عليه اسم الحمل إلى كمال الخلقة [٤] .

وإنما قلنا : أن عدة الحامل الحرة وضع الحمل لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾[٥] وسوينا بينها وبين الكتابية والأَمَة للعموم، ولأنه يعلم به براءة الرحم بيقين وليس بمبني على الحرمة ولا يمكن تنصيفه .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٧٦ - ٧٨ ، التفريع : ٢/١١٧ ، الرسالة ص ٢٠٦ ، الكافي ص ٢٩٣ .

(٢) إذا دخلت : سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٢/٧٤ ، التفريع : ٢/١١٤ - ١١٥ ، الكافي ص ٢٩٣ .

(٤) انظر : المدونة : ٢/٦٧ - ٦٨ ، التفريع : ٢/١١٥ - ١١٦ ، الرسالة ص ٢٠٦ ، الكافي ص ٢٩٣ .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

وإنما قلنا : إن الحامل المتوفي عنها تعتد بوضع الحمل خلافاً لمن قال : أقصى الأجلين (١) لعموم الظاهر ، ولأن سبيعة الأسلمية (٢) ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر فقال لها رسول الله ﷺ : « قد حللت فانكحي من شئت » (٣) ، ولأنه يعلم بوضع الحمل براءة رحمها كذوات الأقراء ولأن الأشهر عدة بنفسها ولا تجتمع مع الحمل فتصيران عدة واحدة أصله في حق المطلقة .

وإنما اعتبرنا وضع جميعه لقوله تعالى : ﴿ أن يضعن حملهن ﴾ (٤) ، وظاهر ذلك يفيد الجميع ، ولأن الرحم مشغولة ببقية الحمل فكان كالكل .

وإنما قلنا : إنها تحل بوضع ما يقع عليه اسم الحمل لعموم الظاهر ، ولأنه يعلم به براءة الرحم واعتباراً بما تخطط به من الخلقة .

فصل [٨ - الاعتداد بالشهور] :

وأما الاعتداد بالشهور فيجب تارة عن الطلاق وتارة عن الوفاة ، فأما الواجب عن الطلاق والفسخ فثلاثة أشهر ما كانت من تمام أو نقصان إن ابتدئت من أول شهر ، وإن كان من بعضه كمل عدد الأول بالحساب فتجلس بقيته من يوم وجبت العدة ثم تعتد الشهرين بعده بالأهلة ثم تتم باقي الأول بالعدد المكمل (٥) ، فإن طلقت في بعض يوم ففيها روايتان :

إحداهما : أنها تعتد من ذلك الوقت إلى مثله ، والأخرى إلغاء ذلك اليوم

---

(١) فقد قال ابن عباس : وروي عن عليّ وجه منقطع : إنها تعتد بأقصى الأجلين (انظر الموطأ : ٢/ ٥٨٩ ، عبد الرزاق : ٦/ ٤٧٠) .

(٢) **سبيعة الأسلمية** : بنت الحارث زوج سعد بن خولة لها صحبة (تقريب التهذيب : ٧٤٨) .

(٣) أخرجه البخاري ، باب : تفسير سورة الطلاق : ٦/ ٦٧٦ ، ومسلم في الطلاق ، باب : انقضاء عدة المتوفي عنها زوجها : ٢/ ١١٢٢ .

(٤) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

(٥) في (ق) : كالمكمل .

وابتداء العدة من غده [1] ، وهذه العدة هي لمن دخل بها ممن لم تحض لصغر أو يائسة منه لكبر يستوي فيه الإماء والحرائر والمسلمات والكوافر ومن قصر سنها عن إطاقة الوطء فلا يعد وطؤها موجباً للاعتداد ، وإنما هو جرم وإفساد .

وأما الواجب عن الوفاة فيفترق فيه حكم الحرائر والإماء ، فللحرة أربعة أشهر وعشر ليال ، وللأَمَة شهران وخمس ليال ، وعلى الصغيرة مثل ما على الكبيرة التي لم يدخل بها مثل ما على المدخول بها إلا أن غير المدخول بها تبرؤها الشهور من غير حاجة إلى حيض ، والمدخول بها التي تحيض لا يبرؤها إلا [2] الحيض وحيضة واحدة مجزية ، فإن حاضت في تضاعيف الشهور برئت بذلك ، فإن لم تحض حتى انقضت العدة نظر ، فإن لم يكن لها عادة بتأخر [3] الحيض ولم تخش ريبة انتظرت إلى تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة ، وإن كانت لها عادة[4] بتأخيره إلى مدة يدخل فيها عدتها بالشهور ففيها روايتان :

إحداهما : أنها تبريء بمضي الشهور وإن لم تحض ، والأخرى أنها لا تبرأ إلا بالحيض ، وعنه في الكتابية المدخول بها في عدة الوفاة روايتان : إحداهما أنها مثل المسلمة ، والأخرى أنها تستبريء [5] رحمها بثلاث حيض والقول في الكتابية غير المدخول بها يتخرج على هاتين الروايتين [6] .

فصل [٩ - في أدلة من تعتد بالشهور] :

وإنما قلنا : إن عدة من ليست من أهل الحيض ثلاثة أشهر لقوله تعالى : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم

---

(١) في (م) : في غيره .

(٢) في (م) : إلى .

(٣) في (ق) : بتأخير .

(٤) في (ق) : عدة .

(٥) في (ق) : تستبين .

(٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢/٦٨ - ٧٥ ، التفريع : ٢/١١٦ - ١١٧ ، الرسالة ص ٢٠٦ ، الكافي ص ٢٩٣ - ٢٩٤ .

يحضن ، وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾[1] ، ولأن ذلك أقل ما يعلم به براءة الرحم ، فلذلك جعل بدل الأقراء .

وإنما قلنا : إنها إذا ابتدأت[2] من أول الشهر أجزأتها الشهور بالأهلة لأن الخطاب إذا صدر وله عرف في الشرع حمل عليه وعرف الشرع في الشهور هو بالأهلة .

وإنما قلنا : إنه يكمل عدد الشهر المبتدأ في بعضه لأنها إنما يكون له حكم الهلال إذا ابتديء من أوله ، فأما إذا ابتديء من بعضه كان له حكم العدد استظهاراً واحتياطاً .

وإنما قلنا : إنها إذا طلقت في بعض يوم اعتدت إلى مثله لقوله تعالى : ﴿ثلاثة أشهر ﴾[3] ، وذلك يقتضي العدد من وقت الوجوب ، ولأن من حلف لا يكلم زيداً ثلاثة أشهر أو أجَّره[4] داره ثلاثة أشهر وأطلق كان محمولاً على أنها من وقته ، فكذلك هذا ، ووجه قوله : إنها تلغي اليوم احتياطاً لصعوبة ضبط الوقت الذي تبتديء منه ومقابلته به ، ولأن نظائره قد فعل فيه مثل ذلك باعتبار الأربعة أيام لإقامة المسافر ، والعقيقة ، والحول في الزكاة ، فكذلك هاهنا والأولى القياس .

وإنما سوينا بين الأَمَة والحرة في ذلك للعموم واعتباراً بعدة الأقراء ووضع الحمل، وإنما قلنا أن وطء التي لا تطيق الوطء لا يوجب عدة للعلم ببراءة الرحم، ولأن الوطء إنما يسمى وطئاً إذا كان فيمن تطيقه ، فأما إذا كانت لا تطيقه جرى مجري الجرح وإصابتها في غير ذلك الموضع لأنه ليس بالاستمتاع المطلوب، ولأنه لا يوجب مهراً ولا إحلالاً ، وإنما هو جناية .

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

(٢) في (مك) : ابتدت .

(٣) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

(٤) في (م) : أجاره .

فصل [١٠ - في عدة الحرة الحائل] :

وإنما قلنا : إن عدة الحرة الحائل في الوفاة أربعة أشهر وعشراً للظاهر وهو قوله تعالى [١] : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ [٢] .

وإنما قلنا : إن عدة الأَمَة شهران وخمس ليال لأنها عدة يمكن [٣] تنصيفها ، فكانت فيها على النصف من الحرة كالأقراء ، وقد احترزنا من وضع الحمل ، فإن الوضع لا يتنصف [٤] ، ومن الثلاثة الأشهر لأنها تراد ليعلم براءة الرحم في أقل ما يمكن ، وذلك لا يمكن تنصيفه .

فصل [١١ - إيجاب عدة الوفاة على الصغيرة] :

وإنما أوجبنا على الصغيرة العدة في الوفاة على كل حال وفي الطلاق مع الدخول خلافاً لداود [٥] في قوله : لا عدة على صغيرة ، لعموم الظواهر من قوله تعالى : ﴿ ويذرون أزواجا ﴾ [٦] ، وقوله : ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ [٧] وهذا نص ، واعتباراً بالبوالغ بعلة أنها زوجة دخل بها أو توفي الزوج عنها ، وإنما قلنا : تلزم غير المدخول بها للعموم ، ولأن طريقها العبادة المحضة دون براءة الرحم .

فصل [١٢ - في عدة غير المدخول بها] :

وإنما قلنا : إن غير المدخول بها تبرأ بمضي المدة لأنه ليس [٨] وراءه أمر يطلب

---

(١) في (م) : عزَّ وجلَّ .
(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٤ .
(٣) في (ق) : يجب .
(٤) في (م) : ينتصف .
(٥) انظر : المحلي : ٦٣٨/١١ .
(٦) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٤ .
(٧) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .
(٨) في (ق) : يسويها .

سواه ، فلم يلزمها غيره ، فأما المدخول بها فلا يبرؤها إلا حيضة على ما بيناه خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(١)] لأنها بائن مدخول بها [(٢)] من ذوات الحيض لم تتيقن براءة رحمها فلم تبرأ إلا بالحيض أو التربص الدال على براءة الرحم القائم مقام الحيض أصله المطلقة ، ولأن احتباس الحيض عن عادته من غير عارض أو سبب يعرف ريبة ولا يجوز النكاح مع الريبة .

فصل [١٣ - الحكمة من إجزاء الحيضة الواحدة] :

وإنما قلنا : إن حيضة واحدة مجزية لأن الأصل هو العدة المعتد بها وليس الاستبراء بمجرده مقصوداً فيستوي فيه ما يجب لحرمتها .

فصل [١٤ - في التي عادتها أن تحيض مرة في السنة] :

ووجه القول في التي عادتها أن تحيض مرة في السنة أو فيما يدخل فيه الاعتداد بالشهور أنها تبرأ بمضي المدة ، وإن لم تحض أن سبب تأخيره للعادة لا لريبة [(٣)] فحمل على المعتاد ، ووجه قوله : إنه لا يبرؤها إلا لحيض اعتبارها بمن لا عادة لها ، ولأن تأخره يمكن أن يكون للعادة ولشغل الرحم .

فصل [١٥ - في التي لا عادة لها] :

وإنما قلنا في التي لا عادة لها بتأخير الحيض وفي المعتادة كذلك على إحدى الروايتين أنها تجلس تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة ، لأن ذلك غالب مدة الحمل وهو الذي يعلم به براءة الرحم من زوال الريبة وتأخير الحيض وإن أحست بعد تربصها هذه المدة بريبة انتظرت زوالها .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٨ - ٢١٩ ، الأم : ٥/٢١١ ، ٢١٥ .

(٢) مدخول بها : سقطت من (م) ومن (ر) .

(٣) في (م) : للريبة .

فصـل [١٦ - وجه اعتداد الكتابية بالشهور وأن عليها الاستبراء] :

ووجه قوله (في الكتابية أن عليها الاعتداد بالشهور لعموم الظواهر ولأنه نوع من البينونة كالطلاق ، ولأنها زوجة مسلم مات عنها ليست بحامل فتلزمها العدة بالشهور كالمسلمة ، ولأن كل عدة لزمت المسلمة لزمت الكتابية كوضع الحمل)(١) .

ووجه قوله : إن عليها الاستبراء لأن تربصها يتعلق به حق الله تعالى وحق للمسلم : فأما حق المسلم فحق النسب وذلك يلزمها (٢) لأنه لا يبرؤها إلا العلم ببراءة الرحم ، وما زاد على ذلك حق لله محض وحقوق الله تعالى (٣) المحضة المتميزة عن حقوق الآدميين لا يخاطب بها الكفار .

وإنما قلنا : إن غير المدخول بها من الكتابيات يتخرج على هذا الاختلاف لأن الطريقة فيه واحدة فلم يكن له وجه إلا إجراؤه مجرى ما تقدم .

فصـل [١٧ - في عدة المرتابة] :

فأما المرتابة : فهي التي ترتفع حيضتها من غير إياس من بعد أن كانت تحيض، فلا يخلو ذلك أن يكون لعارض يعلم أنه يؤثر فيه أو لغير عارض ، فالعارض إما رضاع وإما مرض ، فإن كان تأخيره للرضاع فإنها لا تعتد إلا بالأقراء ، فتمكث متوقعة له إلى أن تراه طال الوقت أم قصر (٤) .

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) في (ق) : وذلك لا يلزمها .

(٣) تعالى : سقطت من (م) .

(٤) انظر : المدونة : ٧٤/٢ ، التفريع : ١١٧/٢ ، الرسالة ص ٢٠٦ - ٢٠٧ ، الكافي ص ٢٩٣ .

وإنما قلنا ذلك للإجماع والمعنى : فأما الإجماع فإن حبان بن منقذ [(١)] طلق امرأته وهي ترضع فمكثت نحو سنة لا تحيض لأجل الرضاع ثم مرض حبان فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان ، وعنده عليّ وزيد رضي الله عنهم فقال لهما : ما تريان ، فقالا : نري أنها ترثه لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ، ولا من الأبكار اللائي لم يحضن فهي عنده على حيضتها ، مات كان من قلبل أو كثير لم يمنعها إلا الرضاع فانتزع حبان ابنه منها ، فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثته واعتدت عدة الوفاة [(٢)] ، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لا يسوغ لها الاعتداد بغير الحيض وعللوا ذلك بأنها ليست ممن تحض ولا آيسة .

والمعنى هو جري العادة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبة، فإذا كان ذلك وجب انتظار زواله .

فصل [١٨ - في عدة المريضة] :

وأما المرض ففيه روايتان [(٣)] : إحداهما أنه كالرضاع ذكرها الشيخ أبو بكر عن أشهب ، والأخرى أنه ريبة ، فوجه قوله : إنه كالرضاع أن سبب تأخر الحيض معروف ، ولأن المرض يؤثر في ذلك لأنه يضعف القوة أو يكون فيه ما يخرق الدم أو يحبسه ، فكان كالرضاع ووجه القول بأنه ريبة أنه ليس فيه عادة متقررة بتأخير الحيض ولا اختصاص في ذلك لبعض الأمراض دون بعض فكان ريبة .

---

(١) حبان بن منقذ : بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني صدوق من الخامسة (تقريب التهذيب ص ١٤٩) .

(٢) أخرجه البيهقي في سننه : ٤١٩/٧ ، وعبد الرزاق : ٦/ ٣٤٠ ، والشافعي في مسنده : ٥٨/٢ .

(٣) انظر : المدونة : ٦٩/٢ ، ٧٤ ، التفريع : ١١٥/٢ - ١١٧ ، الرسالة ص ٢٠٦ الكافي ص ٢٩٣ .

فصــل [١٩ - اعتداد من ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب معتاد] :

فأما إذا ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب معتاد تأثيره في رفع الحيض ، فإنها تنتظر تسعة أشهر غالب مدة الحمل ، فإن حاضت في خلالها حسبت ما مضى قرءاً ثم تنتظر القرء الثاني إلى تسعة أشهر ، فإن حاضت احتسبت به قرءاً آخر ، وكذلك في الثالث فإن مضت لها تسعة أشهر ولم تحض استأنفت الاعتداد بثلاثة أشهر وصارت من أهل الاعتداد بالشهور ، فإن حاضت من قبل تمامها ولو بساعة حسبت جميع ما مضى لها من وقت الطلاق وقت حيضها قرءاً ثم استأنفت تربص تسعة [١] أشهر ثم ثلاثة بعدها ، وأي وقت مضت لها سنة لا حيض في خلالها فقد حلت ولا يراعى إن حاضت بعد السنة بقليل أو كثير [٢] ، وقال الشافعي في الجديد تمكث أبداً إلى [٣] أن تعلم براءة رحمها قطعاً وهو أن تبلغ سن من لا تحيض مثلها [٤] ، فدليلنا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها [٥] حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها [٦] حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر) [٧] ، وهذا قول صحابي إمام لا مخالف له ، ولأن الغرض من ذلك التوصل إلى [٨] العلم ببراءة الرحم وقد ثبت أنه لا يراعى فيه القطع واليقين ، لأن ذلك يوجب أن تجلس أقصى مدة الحمل أو أن لا يحكم ببراءة الرحم بمضي الثلاثة الأقراء أو الثلاثة أشهر لمن قاربت البلوغ ، وذلك باطل فلم يبق إلا الاعتبار بالظاهر وقد حصل .

---

(١) في (م) و(ز) : أربعة .
(٢) انظر : المدونة : ٢/ ٧٣ ، التفريع : ٢/ ١١٧ ، الكافي ص ٢٩٣ .
(٣) في (م) : حتى .
(٤) انظر : مختصر المزني ص ٢١٨ ، الإقناع ص ١٥٤ .
(٥) في (م) : رفعها .
(٦) في (م) : لها .
(٧) أخرجه مالك : ٢/ ٥٨٢ ، والشافعي عنه (ـ تلخيص الحبير : ٣/ ٥٣٣) .
(٨) التوصل إلى : سقطت من (م) .

فصل [٢٠ - في عدة المستحاضة] :

في عدة المستحاضة من الطلاق روايتان [١] : إحداهما أنها سنة لأن الاستحاضة ريبة فتجلس الغالب من مدة (الحمل تسعة أشهر ثم ثلاثة وهي العدة، والأخرى أنها إن ميزت بين الدمين وكان لها قرءاً معلوماً اعتدت به لأنها من ذوات الأقراء فإذا عرفته) [٢] بالتمييز اعتدت به كغير المستحاضة .

فصل [٢١ - في عدة المستحاضة من الوفاة] :

وفي عدتها من الوفاة روايتان [٣] : إحداهما أربعة أشهر وعشراً ، والأخرى أنها تقيم تسعة أشهر ، فوجه الأولى عموم الظواهر ، ولأنها متوفى عنها غير حامل كغير المستحاضة ، ووجه الثانية أن الاستحاضة نفسها ريبة ، فوجب أن تجلس غالب مدة الحمل .

فصل [٢٢ - في أكثر مدة الحمل] :

وعنه [٤] في أكثر الحمل ثلاث روايات [٥] : إحداها أربع سنين وهي المشهورة، والثانية خمس والثالثة سبع ، وفائدة الخلاف امتداد التربص بالمرتابة ، وأن المطلقة إذا أتت بولد لأكثر من مدة الحمل من وقت الطلاق فإنه لا يلحق به.

فوجه الأولى ضرب عمر رضي الله عنه لامرأة المفقود أربع سنين [٦] ، وإنما ذلك لأنه أكثر الحمل ، وروي مثله عن عثمان وعليّ [٧] رضي الله عنهما [٨] ولا

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٦٨ - ٦٩ ، التفريع : ٢/١١٥ ، الرسالة ص ١٠٦ ، الكافي ص ٢٩٣ .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) انظر : المرجع التي ذكرت قريباً .

(٤) وعنه سقطت من (م) .

(٥) انظر : المدونة : ٢/٩٢ - ٩٣ ، التفريع : ٢/١١٦ ، الكافي ص ٢٩٣ .

(٦) أخرجه مالك : ٢/٥٧٥ ، ابن أبي شيبة : ١/٢٤٨ ، البيهقي : ٧/٤٤٤ .

(٧) أخرجه البهيقي : ٧/٤٤٥ ، أبي شيبة : ١/٢٨٤ ، سنن سعيد بن منصور : ٣/١/٤٠٩ .

(٨) رضي الله عنهما : سقطت من (م) .

مخالف عليهم فيه ، وقد ذكر أصحابنا عن أهل المدينة أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين ، ولأن ما زاد على السنتين لو لم يكن مدة للحمل لوجب أن لا يلحق به الولد إذا ادعاه وأكذبته وفي لحوقه به دليل على أنه من مدته .

ووجه اعتبار الخمس أن ذلك قد وجد وذكر عن ابن عجلان (١) وجوده .

وأما السبع فلم يقف على وجود لها والأظهر الأربع فقط .

فصل [٢٣ - عدة أم الولد] :

عدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة واحدة وهي في الحقيقة استبراء لا عدة لأنه عن وطء بالملك (٢) ، وقد قال عمرو بن العاص (٣) أربعة أشهر وعشراً ، وقال أبو حنيفة ثلاثة أقراء كالحرة المطلقة (٤) ، ودليلنا على عمرو قوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾(٥) فأوجب ذلك على الزوجات فدل على أن الإماء بخلافهن ، ولأنه وطء بملك اليمين فلم يلزم فيه عدة الوفاة كالأمة الموطوءة ، ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى(٦) : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ (٧) ، فأوجب ذلك في

---

(١) **ابن عجلان** : هو عبد الواحد بن أبي البداح بن عاصم بن عدي الأنصاري العجلان، أحد بني العجلان ، من أهل المدينة ، روي عن عبد الله بن يزيد بن حارثة ، روي عنه إسحق (الأنساب : ٩/ ٢٤٤) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ٧٣ ، التفريع : ٢/ ١١٦ - ١١٧ ، الرسالة ص ٢٠٦ ، الكافي ص ٢٩٤ .

(٣) **عمرو بن العاص** : بن وائل السهمي الصحابي المشهور ، أسلم عام الحديبية وولى امرأة مصر مرتين وهو الذي فتحها ، مات بمصر سنة اثنين وأربعين ، وقيل : بعد الخمسين (تقريب التهذيب : ٤٣٣) .

(٤) مختصر الطحاوي ص ٢١٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٨٢ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٤ .

(٦) تعالى : سقطت من (م) .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

حق المطلقات فانتفى [١] وجوبه بالملك ، ولأنه استبراء عند زوال الملك عن الرقبة فكان بقرء واحد أصله الأَمَة المبيعة .

فصـل [٢٤ - بقية الكلام في عدة أم الولد] :

وهذا إذا كانت ممن تحيض ، فإن كانت حاملاً فوضع الحمل ، وإن كانت يائسة فثلاثة أشهر ، فإن كانت مستحاضة أو مرتابة قعدت تسعة أشهر ، وعدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليال وقد بيَّنا معاني هذه الجملة من قبل [٢] .

فصـل [٢٥ - المطلقة الرجعية يموت عنها زوجها] :

المطلقة الرجعية إذا مات عنها [٣] وهي في العدة انتقلت إلى عدة الوفاة [٤] لأنها في حكم الزوجات بدليل لحوق طلاقه لها ووجوب نفقتها عليه وثبوت التوارث بينهما ، ولأن كل من يلحقها طلاقه لبقاء حكم الزوجية فموته عنها يوجب عليها عدة أصله الزوجة .

فصـل [٢٦ - البائن يموت عنها زوجها] :

البائن إذا مات عنها زوجها ثبتت على عدتها ولم تلزمها عدة بموته [٥] لأنه مات عن بائن منه كالتي قد خرجت من العدة .

فصـل [٢٧ - الأَمَة المطلقة إذا عتقت وهي في العدة] :

إذا طلقت الأَمَة فأعتقت وهي في العدة مضت على عدة الأَمَة ولم تنتقل إلى عدة الحرة كان الطلاق رجعياً أو بائناً [٦] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله :تنتقل في

---

(١) في (ق) : فانتفاء .

(٢) من قبل : سقطت من (م) .

(٣) عنها : سقطت من (م) .

(٤) انظر : المدونة : ٧٥/٢ ، التفريع : ١١٨/٢ - ١١٩ ، الكافي ص ٢٩٤ .

(٥) انظر : المراجع التي ذكرت سابقاً .

(٦) انظر : المدونة : ٢/٢/٨٢ ، التفريع : ١١٨/٢ ، الكافي ص ٢٩٤ .

الرجعي دون البائن [١] ، والشافعي في قوله أنها تبنى على عدة الحرة في كلا الأمرين [٢] ، لأنها أَمَة معتدة من طلاق فوجب أن تبنى على العدة التي لزمتها حال الطلاق ما كان زوجها باقياً كالتي لم تعتق ، ولأنها معتدة عن طلاق فوجب أن لا ينتقل اعتدادها ما دامت معتدة عنه أصله الطلاق البائن ولا يلزم عليه الموت لأنها تنتقل عن اعتداد الطلاق إلى الاعتداد عن الموت ولا تبنى .

فصل [٢٨ - إذا مات عنها بعد عتقها في العدة] :

ولو مات عنها بعد أن أعتقت في العدة من طلاق رجعي لانتقلت إلى عدة الوفاة لأنها في حكم الزوجات كالحرة وتعتد عدة الحرة لأن الموت صادفها حرة ولو كان الطلاق بائناً لم تنتقل لأن الموت صادفها أجنبية .

فصل [٢٩ - في كون الرجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي والمعسر بالنفقة] :

كل رجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي والمعسر بالنفقة ، فإنهما موقوفتان على الفيئ والإنفاق [٣] ، وقال الشافعي : إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء بنت على عدتها الأولى [٤] .

ودليلنا أنها رجعة صحيحة منبرمة ، فوجب أن تهدم العدة أصله إذا وطء فيها.

فصل [٣٠ - إذا تزوجت في العدة] :

إذا تزوجت في العدة ووطئها الثاني ، ففي العدتين [٥] روايتان [٦] : إحداهما

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٨١/٣ .

(٢) انظر : الأم : ٢١٧/٥ ، الإقناع ص ١٥٤ .

(٣) انظر : التفريع : ١١٩/٢ ، الكافى ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٤) انظر : الأم : ٢٤٣/٥ - ٢٤٤ ، الإقناع ص ١٥٣ .

(٥) في (م) : ففيها .

(٦) انظر : المدونة : ٨٢/٢ ، التفريع : ٥٩/٢ - ٦٠ ، الكافي ص ٢٩٤ .

التداخل والأخرى نفيه ، فوجه التداخل أن الغرض الذي له ترادان [1] هو العلم ببراءة الرحم ، وذلك يحصل مع التداخل أصله إذا حملت ، ووجه نفيه فلأنه وطء له حرمة ، فوجب استيفاد عدتها كالأولى .

* * *

(١) في (م) : له تراد .

باب : [في الإحداد]

لا إحداد (١) على مطلقة (٢) لا رجعية ولا بائنة (٣) خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي (٤) في إيجابهما على البائن لأنها مطلقة كالرجعية .

فصل [١ - الإحداد على كل زوجة متوفى عنها] :

والإحداد على كل زوجة متوفى عنها حتى تنقضي عدتها ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » (٥) ، وحديث أم سلمة أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : إن ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال : « لا » مرتين أو ثلاثاً ، ثم قال : « إنما هي أربع أشهر وعشراً وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول » (٦) ،

---

(١) الإحداد : أصل المنع ومنه سمي البواب حداداً ، ويقال منه : حدت المرأة وأحدت فهي حاد ومحد ، سميت بذلك لامتناعها من الزينة ، وقال ابن عرفة : هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره ، قال : فيدخل ترك الخاتم فقط للمبتذلة (انظر غرر المقالة ص ٢٠٧ ، وحدود ابن عرفة ص ٢٢١) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٧٦ ، التفريع ص ١١٩ - ١٢٠ ، الرسالة ص ٢٠٧ ، الكافي ص ٢٩٥ .

(٣) في (م) : مبتوتة .

(٤) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٨٥ ، مختصر المزني ص ٢٢٣ .

(٥) أخرجه البخاري في الجنائز ، باب : إحداد المرأة : ٢/ ٧٩ ، ومسلم في الطلاق ، باب : وجود الإحداد في عدة الوفاة : ٢/١١٢٣ .

(٦) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : تحد المتوفي عنها أربعة أشهر وعشراً : ٦/١٨٧ ، ومسلم في الطلاق ، باب : وجوب الإحداد في عدة الوفاة : ٢/ ١١٢٤ قال حميد - الذي روي الحديث عن زينب بنت سلمة - لزينب : وما ترمي بالبعرة على رأس=

ولأن الزينة والطيب باعثان [1] على النكاح فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه، ولأنها لما منعت من التصريح بالخطبة وهو بالقول كانت بمنع [2] ما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى ولا يدخل عليه المطلقة لأن لها من يراعيها ويمنعها من التزويج إن أرادته والمتوفى عنها بخلافها .

فصل [٢ - إحداد الأَمَة الزوجة] :

وعلى الأَمَة الزوجة المتوفي عنها زوجها الإحداد [3] خلافاً لمن نفاه [4] لعموم الأخبار واعتباراً بالحرة بعلة كونها زوجة متوفى عنها .

فصل [٣ - إحداد الحرة الصغيرة] :

وتلزم الحرة الصغيرة خلافاً لأبي حنيفة [5] ، لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن من مات عنها زوجها فاشتكت عينيها أتكحلها ؟ قال : « لا » [6] ولم يسأل ، ولأنها عدة من وفاة كعدة البالغة .

فصل [٤ - إحداد الكتابية] :

ولزومه للكتابية إذا مات عنها زوجها المسلم مختلف فيه [7] ، فوجه الوجوب

= الحول ؟ فقالت زينب : كانت المرأة إذا توفي زوجها دخلت حفشاً ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ثم تؤتي بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتضي به ، فقلما تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره .

(١) في (م) : داعيتان .

(٢) في (م) : بأن يمنع .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ٧٦ ، الرسالة ص ٢٠٧ ، الكافي ص ٢٩٥ .

(٤) لم أعثر على من نفاه .

(٥) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٨٥ ، تحفة الفقهاء : ١/ ٢٥٢ .

(٦) أخرجه البخاري في الطلاق ، باب : تحد المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً : ٥/ ١٨٥ ، ومسلم في الطلاق ، باب : وجوب الإحداد في عدج الوفاة : ٢/ ١١٢٤ .

(٧) انظر : المدونة : ٢/ ٧٦ ، التفريع : ٢/ ١١٩ ، الرسالة ص ٢٠٧ ، الكافي ص٢٩٥

عموم الخبر ، ولأنها معتدة من من وفاة زوج [1] مسلم كالمسلمة ، ووجه نفيه قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج » [2] ، فجعل من وصف الحداد أن تكون مؤمنة ، ولأنها لما كانت عدتها الاستبراء دون عدة الوفاة كذلك لا إحداد عليها اعتباراً بالأمة والأول أصح .

فصل [٥ - لا إحداد على الأَمَة ولا على أم الولد] :

لا إحداد على الأَمَة ، ولا على أم الولد [3] لأنها ليست بزوجة ولأن الملك لا يقصد للوطيء .

فصل [٦ - معنى الإحداد] :

الإحداد هو الامتناع من الزينة والطيب كله ومصبغ اللباس كالأحمر والأصفر والأخضر والخلوق [4] لأن هذه الألوان يتزين بها النساء لأزواجهن ويتصنعن بها وليس منها الأسود والأبيض والسابرى [5] ، والامتناع من الحلي كله الخاتم فما فوقه ، وكذلك الكحل والحناء إلا للضرورة والامتشاط بما يختمر في الرأس [6] والإدهان المطيبة كاللبان [7] والخيرى [8] ودهن الورد والبنفسج وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن مما يثير به الشهوة ويبعث على الجماع [9] .

---

(١) زوج : سقطت من (م) .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) الخلوق : ما يتخلق به من الطيب وهو مائع فيه صفرة (المصباح المنير ص ١٨٠).

(٥) السابري : نوع رقيق من الثياب قيل : نسبه إلى سابور من مدن فارس (المصباح المنير ص ٢٦٣) .

(٦) بما يختمر في الرأس : يعني ما تشتم رائحته والخمرة الطيب (غرر المقالة ص ٢٠٧)

(٧) البان : شجر معروف ودهن البان منه (المصباح المنير ص ٦٦) .

(٨) الخيرى : هو أذكي نبات البادية ريحاً ، يخرج دهنه ويدخل في الأدوية (المصباح المنير ص ١٨٤) .

(٩) انظر : المدونة : ٧٦/٢ ، التفريع ص ١٩ - ٢٢٠ ، الرسالة ص ٢٠٧ ، الكافي ص ٩٥ .

فصل [٧ - في منع المعتدة من وفاة أو طلاق الانتقال من بيتها] :

ولا يجوز لمعتدة من وفاة أو طلاق أن تنتقل عن بيتها التي كانت فيه حتي تنقضي عدتها إلا أن تخاف عورة منزلها أو تدعوها ضرورة لا يمكنها [١] المقام معها ، فلها أن تنتقل وتقيم بالموضع الذي تنتقل إليه ، وكذلك إن كانت الدار مستأجرة جاز لها الانتقال [٢] .

وإنما قلنا ذلك في المتوفى عنها لحديث الفريعة [٣] لما سألت رسول الله ﷺ فقالت : إن زوجي خرج في طلب أَعْبُدٍ له ضلوا فلما أدركهم قتلوه فأعتد في بيت أهلي ، فقال : « امكثي في بيتك حت يبلغ الكتاب أجله » [٤] .

وإنما قلنا ذلك في المطلقة خلافاً للشافعي في المبتوتة [٥] ، لأنها معتدة كالمتوفي عنها ، وإنما أجزنا لها ذلك إذا خافت عورة المنزل لأنها ضرورة وتغرير بالنفس أو بالمال ، وكذلك إذا أخرجها ملاك المنزل لأن الخروج يلزمها .

وإنما قلنا : إنها تقيم بالموضع الذي انتقلت إليه لأنه موضع يلزمها الاعتداد فيه كالأول ، ولها أن تخرج في حوائجها نهاراً وفي الليل وقت هدوء الناس لضرورتها إلى التصرف في أمورها ، وقد لا تجد نائباً عنها ، وذلك بخلاف المبيت لأنه ضرورة بها إلى المبيت .

---

(١) في (م) : لا يمكن .

(٢) انظر : المدونة : ٢/١٠٣ - ١٠٤ ، التفريع : ٢/ ١٢٠ ، الرسالة ص ٢٠٨ ، الكافي ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٣) الفريعة : بالتصغير - بنت مالك بن سنان الأنصارية ، أخت أبي سعيد الخدري ، صحابية لها حديث قضى به عثمان ، ويقال : لها الفارعة (تقريب التهذيب ص ٧٥٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في الطلاق ، باب : في المتوفى عنها تنتقل : ٢/ ٧٢٣ ، والنسائي في الطلاق ، باب : مقام المتوفي عنها زوجها .. (٦/١٦٥) ، وابن ماجه في الطلاق ، باب : أين تعتد المتوفي عنها زوجها ؟ (١/ ٦٥٤) ، والترمذي في الطلاق ، باب : ما جاء أين تعتد المتوفي عنها زوجها : ٣/٥٠٨ ، وقال : حسن صحيح .

(٥) انظر : الأم : ٥/٢٢٦ ، الإقناع ص ١٥٥ .

باب : [النفقة والسكنى للمطلقة الرجعية]

والمطلقة الرجعية لها النفقة والسكنى [1] لثبوت الزوجية بينهما وأحكامها من لحوق الإيلاء والظِهار والطلاق والتوارث .

فصـل [١ - منع النفقة عن المبتوتة] :

ولا نفقة للمبتوتة إذا لم تكن حاملاً خلافاً لأبي حنيفة [2] لقوله تعالى : ﴿وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتي يضعن حملهن﴾ [3] ، فإذا انتفى الشرط وهو الحمل انتفى الوجوب ، ولنفيه صلى الله عليه وسلم النفقة لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة [4] ، ولأنه نوع من البينونة كالموت ، وكذلك المختلعة مثلها .

فصـل [٢ - النفقة للمطلقة الحامل] :

وللمطلقة الحامل النفقة رجعية أو بائنة : أما الرجعية ، فإن أحكام الزوجية ثابتة بينهما ، ولأن النفقة ثابتة لها وإن لم تكن حاملاً فمع الحمل أولى ، وأما البائن فلقوله عز وجل : ﴿ وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتي يضعن حملهن﴾[5] ، ولأن البينونة إنما تؤثر في سقوط النفقة في الزوجية وهذه النفقة للحمل وإن كان لا يصل إليه إلا من جهة الإنفاق على الأم ، وهذا في الزوج

---

(١) في أحكام النفقة والسكنى انظر : المدونة : ٢/١٠٥ ، ١٠٨ ، التفريع : ٢/ ١٢٠ ، الرسالة ص ٢٠٨ ، الكافي ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٨٦.

(٣) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٤) أخرجه مسلم في الطلاق ، باب : المطلقة البائنة لا نفقة لها : ٢/ ١١١٤ .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

الحر ، فأما العبد فلا تلزمه على حمل كان الحمل حراً أو رقاً لأن نفقة الرق على مالكه والحر من فقراء المسلمين .

فصـل [٣ - في عدم النفقة للملاعنة] :

لا نفقة للملاعنة حاملاً كانت أو حائلاً [(١)] لأنها بائن بالفسخ حملها منتف عنه بلعانه فلا تلزمه النفقة على حمل ليس منه .

فصـل [٤ - وجوب السكنى لكل مطلقة] :

تجب السكنى لكل مطلقة مدخول بها [(٢)] لأنه إن كانت رجعية فخصائص النكاح ثابتة بينهما ما خلا الوطء ، وكذلك النفقة واجبة لها بالزوجية والسكنى تابع للنفقة ، فأما البائن فلا نفقة لها ولها السكنى [(٣)] خلافاً لابن أبي ليلى [(٤)]، لقوله تعالى : ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ [(٥)] ، وهذا عائد على المطلقات وخاص في المبتوتات ، وقوله : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾[(٦)] ولأن السكنى لحرمة النسب ووجوب حفظه ، وذلك لا يزول بزوال الزوجية ويفارق النفقة لأنها عوض من الاستمتاع وقد زال .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ١١٤ ، الرسالة ص ١٠٨ ، الكافي ص ٢٩٨ .

(٢) انظر : المدونة : ٢/١٠٨ ، التفريع : ٢/ ١٢٠ - ١٢١ ، الرسالة ص ٢٠٨ ، الكافي ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٣) فلا نفقة لها ولها السكنى : سقطت من (م) .

(٤) ابن أبي ليلى : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى مفتي الكوفة وقاضيها ، أبو عبد الرحمن الأنصاري ، أخذ عن الشعبي وعطاء ونافع العمري ، وحدث عنه الثوري وسفيان بن عيينة وغيرهما ، كان نظيراً لأبي حنيفة في الفقه (ت ١٤٨ هـ) (سير أعلام النبلاء : ٦/ ٣١٠) .

(٥) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٦) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

فصـل [٥ - في عدم النفقة لمعتدة من وفاة] :

لا نفقة لمعتدة من وفاة [١] لأنها قد بانت بموت الزوج ، ولأن ملكه قد زال عنه بالموت ، فلو وجبت لها النفقة بحق الزوجية لكانت تلزم في حق الورثة وهذا غير جائز .

فصـل [٦ - سواء كانت المعتدة من وفاة حاملاً أو حائلاً] :

وسواء كانت حاملاً خلافاً لمن حُكي عنه وجوب النفقة لها إذا كانت حاملاً[٢] لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت مستقر بدليل أن أباه لو كان معسراً لم يلزمه شيء وموته أبلغ في إعساره [٣] ، ولأنها تجب حالاً فحالاً ، فلو أوجبناها بعد الموت لكان ذلك إيجاباً مبتدأ في حق الورثة وذلك غير جائز .

فصـل [٧ - وجوب السكنى للمعتدة من وفاة] :

والسكنى واجبة لها إن كانت الدار للميت مملوكة الرقبة أو المنافع خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا سكنى لها [٤] لقوله صلى الله عليه وسلم : « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » [٥] ، ولأن ذلك يتعلق به حق الله؟ وحق الميت وحق النسب ، فأشبه الكفن ، وإن لم يكن للميت منزل كانت السكنى عليها ولم يلزم الورثة أن يسكنوها من أموالهم ولا من التركة .

فصـل [٨ - إرضاع المرأة ولدها ما دامت زوجة لأبيه] :

وعلى المرأة إرضاع ولدها ما دامت زوجة لأبيه إلا أن يكون مثلها لا يرضع إما لشرف أو علو قدر يعلم أن مثلها لا ترضع أو أن تكون سقيمة أو قليلة اللبن ،

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ١١٠ ، التفريع : ٢/ ١١٢ ، الرسالة ص ٢٠٨ ، الكافي ص ٢٩٨ .

(٢) في أحد قولي الحنابلة (انظر المغني : ٧/ ٦٠٨) .

(٣) في (م) : في اعتباره .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٩٣.

(٥) سبق تخريج الحديث .

فعلى الأب حينئذ إرضاعه من ماله [1] ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يلزمها ذلك على كل وجه [2] ، وقال أبو ثور فيما يحكي عنه : يلزمها على كل وجه[3] .

فدليلنا على لزومه لها إذا كانت بالصفة التي ذكرناها قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [4] ، وهذا وإن كانت صيغته الخبر ، فالمراد به الأمر ، ولأن العرف جار بذلك في غالب أحوال الناس أن المرأة تلي بنفسها إرضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجرة ، وما جرى مجرى العرف به كان كالمشترط ، ولأنه لو كان لا يقبل من غيرها للزمها إرضاعه لحق الولد وما يستحق على الإنسان ويجبر عليه لا يستحق عليه أجرة ألا ترى أنه لما لم يلزم الأجنبية ذلك كان لها الأجرة .

ودليلنا علي أبي ثور أنها إذا كانت شريفة ومثلها لا ترضع فالعرف جار بأن الإرضاع على الزوج وعلى ذلك دَخَلا فلم يلزمها ما لم تدخل عليه إلا بشرط .

فصل [٩ - إذا كانت مثلها يرضع فطلقها الأب] :

وإذا كان مثلها يرضع فطلقها الأب فلا يلزمها الإرضاع [5] إلا بأجرة إن دفع إليها لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ [6] ، ولأن المعنى الذي كان يوجب عليها ذلك هو الزوجية ، وقد زالت فزال الحكم الواجب به .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٩٤ ، التفريع : ٢/ ١١٢ ، الرسالة ص ٢٠٨ ، الكافي ص ٢٩٧ .

(٢) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ٩٩ ، المهذب : ٢/ ١٦٦ .

(٣) انظر : المهذب : ٢/ ١٦٦ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

(٥) الإرضاع : سقطت من (ق) .

(٦) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

فصل [١٠ - نفقة الحامل المتوفي عنها في رضاع ابنها] :

وإذا أرضعت الحامل المتوفي عنها فرضاعها في مال الصبي [١] ، لأن المرأة لا يلزمها إرضاع ولدها ولا النفقة عليه ولا يلزم الورثة ذلك لما نذكره فيما بعد وهو من فقراء المسلمين ، فإن كان الصبي لا يقبل من غيرها ولا مال له لزمها إرضاعه لأن في ذلك إضاعته وإتلافه ، وقد قال تعالى : ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ [٢].

* * *

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٩٤ ، التفريع : ٢/ ١١٢ ، الرسالة ص ٢٠٨ .
(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

باب : [في النفقة على الولد الصغير]

تلزم الرجل نفقة ولده الصغير إذا كان فقيراً [1] لقوله تعالى : ﴿ وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ [3] ، وقوله : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾[4] وقوله صلى الله عليه وسلم : « تقول امرأتك : انفق عليَّ أو طلقني ، ويقول عبدك : أنفق عليَّ أو بعني ، ويقول ولدك : إلى من تكلني » [5] ، فبيَّن أن النفقة تلزم لكل واحد ممن ذكر [6] ، وأنه يحتج بما ذكره ، ولا خلاف في ذلك[7] .

وإنما شرطنا الصغر لعجزهم عن التكسيب والتحيل لقوتهم .

وشرطنا الفقر للاتفاق على أنه إن كان لهم مال لم يلزم أحد أن ينفق عليهم ، فإذا بلغوا نظر ، فإن كان سليماً صحيحاً سقطت النفقة عن الغلام وإن بلغ مجنوناً أو زمناً فالنفقة لازمة للأب عليه لأن ذلك يمنع التكسب ويحول دون التطلب فإن صح الزمن واستغنى الفقير سقطت نفقته ثم لا تعود إن عاد ذلك به لأن نفقته تجب باستصحاب الوجوب بالصغر دون الابتداء .

---

(١) في جملة أحكام النفقة على الأقارب انظر : المدونة : ٢/٢٤٧ - ٢٥١ ، التفريع : ٢/١١٢ - ١١٣ ، الرسالة ص ٢٠٩ ، الكافي ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

(٢) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٣) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٤) سورة الإسراء ، الآية : ٣١ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٨٢) .

(٦) في (م) : ذكرنا .

(٧) انظر : المغني : ٧/ ٥٨٢ .

فصـل [١ - النفقة على البنت] :

وأما البنت فالنفقة تلزم الأب عليها إلى أن تبلغ ويدخل بها زوجها خلافاً للشافعي في قوله : أن النفقة تسقط عنهن ببلوغهن (١) لأن أمرهن آكد من الذكور لأنهن لا يقدرن على التكسب إلا إذا تزوجن ، فإذا تزوجت الابنة ولزم الزوج نفقتها ثم عادت إلى الأب لا يلزمه الإنفاق بعد سقوطه عنه .

فصـل [٢ - عدم إلزام المرأة بالنفقة على ولدها] :

ولا يلزم الأم النفقة على ولدها لا في حياة الأب ولا بعد موته لا في يسره ولا في عسره (٢) خلافاً للشافعي (٣) ، لأن كل من لا يلزمها إرضاعه في بعض الأحوال إلا بعوض لم يلزمها الإنفاق عليه كالأجنبية ، ولأن الإنفاق إذا وجب على شخص لم ينتقل إلى غيره ، وكذلك إذا حال دونه حائل لا ترجع النفقة عليه ونفقة هذا الولد كانت لازمة للأب ، فإذا فقد الأب أو أعسر لم يلزم غيره كما لا يلزم سائر الأقارب .

فصـل [٣ - في نفقة الولد الموسر على أبويه المعسرين] :

يجب على الولد الموسر النفقة على أبويه المعسرين (٤) لقوله تعالى : ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾(٥) ، وقوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وبالوالدين إحساناً﴾(٦) ويلزمه النفقة على الفقير منهما ، وإن كان صحيحاً خلافاً للشافعي (٧) اعتباراً بالزمانة ، ولأن أمرهما آكد من أمر الولد ، والمسلم والكافر في ذلك سواء .

---

(١) انظر : مختصر المزني ص ٢٣٤ ، الإقناع ص ١٤٣ .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٢٤٨ ، التفريع : ٢/١١٢ ، الكافي ص ٢٩٨ .

(٣) انظر : الأم : ٥/١٠٠ ، مختصر المزني ص ٢٣٤ ، الإقناع ص ١٤٣ .

(٤) انظر : المدونة : ٢/٢٤٨ ، التفريع : ٢/١١٤ ، الرسالة ص ٣٠٩ ، الكافي ص ٢٩٨ .

(٥) سورة لقمان ، الآية : ١٥ .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ٨٣ .

(٧) انظر : مختصر المزني ص ٢٣٤ - ٢٣٥ ، الإقناع ص ١٤٣ .

فصل [٤ - عدم وجوب النفقة على ولد الولد ولا على الجد] :

والجد لا تلزمه النفقة على ولد الولد ولا يلزم ولد الولد الإنفاق على جدهم[(١)] خلافاً للشافعي [(٢)] ، لأن النفقة على الأقارب لا تجب انتقالاً ، وإنما تجب ابتداء، ونفقة الجد لازمة للأب فلا تنتقل إلى ولده وكذلك نفقة الولد لازمة لأبيهم فلا تنتقل إلى جدهم .

فصل [٥ - عدم وجوب النفقة على الأخوة والأعمام وولد الأخوة وغيرهم..] :

لا تجب النفقة على من سوى هؤلاء من الأقارب كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات وولد الأخوة وغيرهم [(٣)] خلافاً لأبي حنيفة في إيجابه النفقة على كل ذي رحم محرم [(٤)] ، ولأن كل قرابة تعرت عن ولادة مباشرة لم يستحق بها نفقة كبني العمومة .

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٥٠ - ٢٥١ ، التفريع : ٢/ ١١٣ ، الرسالة ص ٢٠٩ ، الكافي ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : الأم : ٥/ ١٠٠ ، الإقناع ص ١٤٣ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/ ١١٣ ، الرسالة ص ٢٠٩ ، الكافي ص ٢٩٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٣ - ٢٢٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ٣/ ١٠٥ .

باب : [في الحضانة [1]]

إذا طلق الرجل امرأته فالحضانة لأمهم [2] لقوله صلى الله عليه وسلم للأم : « أنت أحق به ما لم تنكحي » [3] ، ولأن المراعاة في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره والأم أقوم [4] بذلك من الأب ومن كل أحد .

فصل [١ - الحضانة حق للأم أو للولد] :

واختلف عنه هل هي حق للأم أو للولد عليها [5] ، فإذا قلنا : إنها حق للأم فلقوله صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنكحي » [6] ، ولأنها [7] يلحقها ضرر بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحن عليه وأرفق به .

وإذا قلنا : إنها حق للولد فلأن الغرض حفظ الصبي ومراعاته ومصلحته دون مراعات أمر الأم ، ألا تري أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه وكذلك إذا غاب الأب غيبة استقرار .

---

(١) الحضانة : أصله من حضن الطائر فراخه إذا غطاها بجناحيه ، وفي الاصطلاح هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه (انظر غرر المقالة ص ٢٠٨ ، حدود ابن عرفة ص ٢٣٠) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/ ٢٤٤ - ٢٤٧ ، التفريع : ٢/ ٧٠ - ٧٢ ، الرسالة ص ٢٠٨، الكافي ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

(٣) أخرجه أبو داود فى الطلاق ، باب : من أحق بالولد : ٢/ ٧٠٧ ، والحاكم : ٢/ ٢٠٧ ، وقال : صحيح الإسناد .

(٤) في (ق) : أقوى .

(٥) انظر : المدونة : ٢/ ٢٤٤ ، التفريع : ٢/ ٧١ ، الكافي ص ٢٩٦ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) في (م) و(ر) : ولأنه .

فصـل [٢ - انقطاع حضانة الأم بزواجها] :

إذا تزوجت الأم ، فما لم يدخل بها فهي أحق به ، فإن دخل بها انقطعت حضانتها [١] لقوله صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنكحي » [٢] ، ولأن الصبي يلحقه ضرر ويتكره الزوج له وتضجره به ، ولأن الأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلباً لمرضاة الزوج ، وكان ذلك الأب يضر بالصبي ، فلذلك زال حقها من الحضانة فإن طلقها أو مات عنها كان لها أخذه لزوال المانع .

فصـل [٣ - متى تنقطع الحضانة] :

يحضن الغلام إلى أن يبلغ والجارية إلى أن تنكح ويدخل بها زوجها [٣] خلافاً للشافعي في قوله : أن حضانتها تسقط ببلوغها [٤] ، لقوله صلى الله عليه وسلم: « ما لم تنكحي » [٥] فأطلق ، ولأن الابنة تحتاج إلى الحفظ والمراعات إلى أكثر مما يحتاج إليه الابن وبلوغها لا يزيل ذلك لأنها معرضة للأزواج وبنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها والأزواج يرغبون فيمن يكنفها أبوها وأمها ومن لم تخرج عن حضانتهما ومراعاتهما أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها ، فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها .

فصـل [٤ - الأب يخرج إلى بلد آخر ويريد أخذ الطفل معه] :

إذا أراد الأب الخروج إلى بلد آخر وأراد أخذ الطفل معه ، فإن كان لحاجة أو تجارة فليس له أخذه معه [٦] لأن كونه مع أمه أصلح وأحوط عليه، وإن كان لنقلةٍ

---

(١) انظر : المدونة : ٢/ ٢٤٤ - ٢٤٥ ، التفريع : ٢/ ٧٠ - ٧١ ، الرسالة ص ٢٠٨، الكافي ص ٢٩٦ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) انظر : المدونة : ٢/ ٢٤٦ ، التفريع : ٢/ ٧٢ ، الكافي ص ٢٩٧ .

(٤) انظر : الأم : ٥/ ٩٢ - ٩٣ ، الإقناع ص ١٦١ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) النظر : المدونة : ٢/ ٢٣٦ ، التفريع : ٢/ ٧٠ ، الكافي ص ٢٩٧ .

عنه وإقامةٍ بغيره فله أخذه والانتقال به [1] ، ولا مقال للأم لأن كونه مع أبيه على هذا الوجه أحفظ له .

فصــل [٥ - انتقال الحضانة من الأم إلى أمها] :

إذا انتقلت الحضانة عن الأم بموتها أو بتزويجها أو بعجزها فإنها تنتقل إلى أمها وهي جدة الطفل [2] إن كانت غير ذات زوج إلا أن يكون الزوج جد الصبي فلا يسقط حق الجدة من الحضانة لأن جده لا يضجر به ولا يؤدي كونه معها إلى تقصير في حق الطفل ، والأجنبي بخلاف ذلك ثم من بعد أم الأم إلى الخالة ، فإن لم يكن من جهة الأم أحد انتقلت إلى جهة الأب ، فكانت أم الأب وأخته وهي عمة الصبي ، وكذلك أخوات الصبي يثبت لهن حق الحضانة لإشفاقهن عليه وقُدِّم قرابة الأم على قرابات الأب كما قدمت الأم على الأب وقدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة وكذلك قدمت [3] أم الأب على العمة لأنها والدة .

فصــل [٦ - في ترتيب حق الحضانة] :

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أولى الأب أو قراباته ، فإذا قلنا : إن الأب أولى فلأن به يدلون فالأصل أولى ، وإذا قلنا : إنهن أولى فلأنهن وإن كن يدلين به فهن أرفق بالصبي وألطف تأتياً له في مصالحه وتعهده ، ولأن الأب لا يمكن أن يحفظه بنفسه لأن ذلك لا يليه الرجال بنفوسهم وإنما يستنيبون غيرهم من النساء فكان النساء أولى [4] .

---

(١) الانتقال به : سقطت من (م) ومن (ر) .

(٢) في جملة أحكام ترتيب الحضانة انظر : المدونة : ٢/ ٢٤٥ - ٢٤٦ ، التفريع : ٢/ ٧١ ، الرسالة ص ٢٠٨ ، الكافي ص ٢٩٦ .

(٣) في (م) : قدم .

(٤) انظر المراجع التي سبق ذكرها .

فصـل [٧ - في انتقال الحضانة إلى عصبة الطفل] :

فإن لم يكن أحد [١] من قرابات الأم ولا الأب كان حق الحضانة منتقلاً إلى عصبة الطفل لأن إضاعته غير جائزة ، وقد لزمهم بحكم القرابة حفظه ومراعاته كما يثبت لهم حق في ميراثه وعليهم في العقل عنه .

* * *

---

(١) لم يكن أحد : سقطت من (ق) .

باب [في استبراء الأَمَة]

ومن ملك أَمَة يوطأ مثلها حاملاً من غيره بأي وجه ملكها فلا يجوز له وطؤها ولا التلذذ بشيء [1] منها حتي تضع ، وإن كانت حائلاً حتى يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض أو بثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض وإن ارتفعت حيضتها وارتاب لذلك فتسعة أشهر ، وليس عليه استبراء من لا يوطأ مثلها ولا من يعلم براءة رحمها بأن كانت في حيازته فحاضت عنده [2] .

وإنما قلنا ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض » [3] ، وقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » [4] .

وإنما قلنا : إنه لا يتلذذ بشيء منها لأن كل معنى يمنع استباحة الوطء منع التلذذ بما دونه إذا كان لحق الغير أصله الأجنبية .

وإنما قلنا : إن حيضة واحدة تكفي لأنها تدل على براءة الرحم في الغالب ولا يتعلق بها عبادة كالعدة .

---

(١) بشيء : سقطت من (م) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٣٤٥ - ٣٤٩ ، التفريع : ٢/١٢١ - ١٢٢ ، الرسالة ص ٢٠٧ ، الكافي ص ٣٠٠ .

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : وطء السبايا : ٢/٦١٤ ، والحاكم : ٢/١٩٥ وقال : صحيح على شرط مسلم .

(٤) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : في وطء السبايا : ٢/٦١٥ ، والترمذي في باب : ما جاء الرجل يشتري الجارية : ٣/٤٣٧ ، وأحمد : ٤/١٠٨ .

وإنما قلنا : إن كانت لا تحيض فثلاثة أشهر خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [1] في قولهما أنها تستبرأ بشهر لأن كل من عدم منها الحيض وخيف من جهتها الحمل فلا يجوز وطؤها قبل ثلاثة أشهر أصله المعتدة ، ولأن بالشهر الواحد لا يتبين أمارة الحمل لأن أقل ما يتبين فيه ثلاثة أشهر .

وإنما قلنا : إذا ارتابت بارتفاع الحيض جلست تسعة أشهر لأنها الغالب من مدة الحمل والبراءة تقع بها في الغالب .

وإنما قلنا : إن من لا يوطأ مثلها للصغر أو للهرم فلا يلزم استبراؤها خلافاً للشافعي [2] لأن العلم البت [3] حاصل ببراءة رحمها فلم يحتج إلى استبراء كوضع الحمل .

وإنما قلنا : إن من هي في حيازته لا استبراء عليه لأنه عالم ببراءة رحمها قبل انتقال الملك فلا حاجة به إلى تجديده .

فصـــل [١ - استبراء الأَمَة قبل بيعها] :

ولا يجوز لمن وطيء أَمَة أن يبيعها قبل استبرائها لأنه لا يأمن أن يكون رحمها مشغولاً بمائه فيكون بائعاً لولده ولأم ولده ، ولا يجوز للمشتري أن يطأها حتى يستبريها لما ذكرناه ، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز لأن الغرض الذي له يراد يحصل وهو العلم ببراءة الرحم [4] .

فصـــل [٢ - حرمة الوطء والتلذذ بالأَمَة في عدتها من طلاق أو وفاة] :

ولا يجوز لمبتاع أَمَة في عدة من طلاق أو وفاة أن يطأها أو يقبلها أو يتلذذ بشيء منها حتى تخرج من عدتها لأنه لما لم يجز نكاحها في هذه الحال لم يجز وطؤها بالملك كما لو كانت تحت زوج [5] .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ٢١٨ ، الإقناع ص ١٥٤ .

(٢) انظر : الأم : ٥/٢١٤ ، الإقناع ص ١٥٤ .

(٣) البت هو القطع (غرر المقالة ص ٢٠٢) ، وفي (ر) : الثابت .

(٤) انظر : المدونة : ٢/٢/٣٤٦ ، التفريع : ٢/١٢٢ - ١٢٣ ، الرسالة ص ٢٠١ ، الكافي ص ٣٠٠ .

(٥) انظر : المراجع السابقة .

باب : في الرضاع [1]

الأصل في التحريم بالرضاع [2] في الأعيان المحرمات قوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [3] ، وقول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » [4] ، وقوله : « إنما الرضاعة من المجاعة » [5] ولإجماع [6] الأمَة على ذلك [7] .

فصـل [١ - القدر المحرِّم من الرضاع وشرطه] :

وإذا وصل إلى جوف الرضيع شيء من لبن المرأة برضاع أو وجور [8] أو ما يعلم وصوله إلى الجوف من سعوط [9] أو حقنة في مدة الحولين فقط دون زيادة عليهما[10] في رواية ذكرها محمد بن عبد الحكم أو زيادة يسيرة في رواية أبيه[11]

---

(١) سقط عنوان الباب من (م) .

(٢) الرضاع : قال ابن عرفة : الرضاع عرفاً : وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء (حدود ابن عرفة ص ٢٢٣) .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري في الشهادات ، باب : الشهادة على الأنساب : ٣/١٤٩ ، ومسلم في الرضاع : ٢/١٠٦٨ .

(٥) أخرجه البخاري في النكاح ، باب : من قال : لا رضاع بعد حولين : ٦/١٢٥ ، ومسلم في الرضاع ، باب : إنما الرضاعة من المجاعة : ٢/١٠٧٨ .

(٦) في (ق) : ولأن الإجماع .

(٧) انظر : المحلي : ١١/١٤٤ ، شرح مسلم : ٦/٢٠٢ ، فتح الباري : ٩/١١٥ .

(٨) الوجور : هو أن يصب اللبن في الحلق عنوة (الفواكه الدواني : ٢/٥٩) .

(٩) السعوط : هو أن يصب اللبن في الأنف (الفواكه الدواني : ٢/٥٩) .

(١٠) في (م) : عليها .

(١١) في (م) : ابنه .

أو بزيادة الشهر ونحوه في رواية عبد الملك أو الشهرين في رواية ابن القاسم من ذات لبن من ولادة من حلال أو حرام أو من درور من غير الولادة من صغيرة أو يائسة أو حية أو ميتة منفرداً بنفسه أو مختلطاً بما لم يستهلك فيه ، فإنه يحرم ويصير به المرضع ابناً للمرضعة يحرم به نكاحها ولا عدة [1] عليها ، وتنتشر به الحرمة بينه وبين من له اللبن ، ولا يجوز له إن كانت أنثى نكاحها ولا نكاح من لو كان ابنها من النسب [2] لحرم عليه [3] .

فصـل [٢ - وجه تحريم الرضاع بالقليل من اللبن] :

وإنما قلنا : إن تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حد خلافاً للشافعي في قوله : لا يحرم إلا خمس رضعات [4] ، لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ [5] فأطلق ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الرضاعة من المجاعة » [6] ، وقوله : « إنما الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم » [7] ، وهذا يحصل للقليل بقسطه كما يحصل للكثير بقسطه ، وقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » [8] ، وقد ثبت أن التحريم بالنسب لا يفتقر إلى عدد [9] من الولادة ، وكذلك الرضاع ، ولأن كل معني أوجب حرمة مؤبدة

---

(١) ولا عدة : سقطت من (ق) ومن (ر) .

(٢) في (م) : من النساء .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢٨٨/٢ ، التفريع : ٦٨/٢ - ٦٩ ، الكافي ص ٢٤٢ . .

(٤) انظر : الأم : ٣١/٥ ، مختصر المزني ص ٢٢٧ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب : رضاعة الكبير : ٥٤٩/٢ ، من حديث أبي موسي الهلالي عن أبيه قال أبو حاتم : مجهولان ، وأخرجه البيهقي : ٤٦١/٧ من وجه آخر (تلخيص الحبير : ٤/٤) .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٩) في (م) : عدة .

فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد والوطء واعتباراً بالخمس بقلة الارتضاع من أدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام .

فصـل [٣ - في أن الوجور يحرم] :

وإنما قلنا : إن الوجور يحرم خلافاً لداود [(١)] لأن الرضاع عبارة عن وصول اللبن إلى جوف الطفل على وجه التغذية وأحوال الأطفال تختلف ، فمنهم من يلتقم الثدي ، ومنهم من لم يلتقمه فيوجر بالمسعطة ، ومنهم من يوجر بالثدي نفسه ، وكل ذلك رضاع واعتباراً بوصوله إلى جوفه بالتقام الثدي .

فصـل [٤ - التحريم بالسعود] :

فأما السعوط قال ابن القاسم : إن وصل إلى الجوف حرم وأطلق ابن حبيب أنه يحرم وهو قول الشافعي [(٢)] ، وقال غيره : أنه لا يحرم ، وليس بقول لأحد من أصحابنا : إنه إن علم وصوله إلى الجوف لم يحرم لأن وصول اللبن إلى الجوف في مدة الحولين والحاجة إلى التغذية به يوجب [(٣)] التحريم كالارتضاع ، وقول ابن القاسم أصح من اعتبار الإطلاق ، ولأن الاعتبار في الرضاع بما يقع الاغتذاء به ، ولأن اللبن إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر [(٤)] البدن .

فصـل [٥ - التحريم بالحقنة] :

فأما الحقنة فأطلق ابن حبيب التحريم بها وعلق ابن القاسم الجواب فيها بالعلم بوصول اللبن إلى الجوف وهذا هو الصحيح إن أمكن ذلك ويبعد أن يصل إلى موضع يحصل به الغذاء والله أعلم .

---

(١) انظر : بداية المجتهد : ٤٣٨/٦ ، المغني : ٥٣٨/٧ .

(٢) انظر : الأم : ٢٩/٥ ، مختصر المزني ص ٢٢٧ .

(٣) في (م) : فوجب .

(٤) في (م) : سائر .

فصـل [٦ - الرضاعة المحرمة التي تكون في الحولين] :

وإنما شرطنا أن يكون في الحولين خلافاً لمن قال : إن رضاعة الكبير تحرم [(١)]، لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ [(٢)] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الرضاعة من المجاعة » [(٣)] وقوله : « لا رضاع إلا بما فتق الأمعاء » [(٤)] ، وقوله : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم » [(٥)] ، وكل ذلك منتف عن رضاعة الكبير .

فصـل [٧ - في عدم مراعاة ما زاد على الحولين] :

ووجه قوله : إنه لا يراعى زيادة على الحولين بوجه قوله تعالى : ﴿ حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ [(٦)] ، فدل على أن ما زاد عليها ليس من الرضاعة المعتبرة ، ولأنه رضاع بعد حولين أصله بعد ستة أشهر ، ولأن ذلك حسم للباب : وإن لا لم يكن بعض المدة الزائدة بأولى من بعض .

فصـل [٨ - في وجه تجويز الزيادة اليسيرة] :

ووجه تجوز الزيادة اليسيرة أن ذلك في حكم الحولين لأن المرضع قد لا يستغنى بالطعام لضعف قوته عن الاغتذاء بغيره ، فكان ما قاربها في حكمها لهذا المعنى وليس لما قدر بشهر أو شهرين دليل يتحرز .

---

(١) كانت عائشة - رضي الله عنها - تري رضاعة الكبير تحرم ، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود (المغني : ٧/ ٥٤٢) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٤٦) .

(٤) أخرجه الترمذي في الرضاع ، باب : ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر .. (٣/٤٥٨) ، وقال : حسن صحيح .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٤٧) .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

فصـل [٩ - إذا فصل في الحولين واستغنى عن اللبن بالطعام] :

إذا فصل في الحولين واستغنى عن اللبن [١] بالطعام لم يحرم ما ارتضع في الحولين [٢] بعد ذلك [٣] خلافاً للشافعي [٤] وابن حبيب لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الرضاعة من المجاعة » [٥] ، وسائر الأخبار ، ولأنه مستغنى بالطعام أصله بعد الحولين .

فصـل [١٠ - التسوية بين اللبن إذا كان حادثاً عن وطء حلال أو حرام] :

وإنما سوينا في ذلك بين أن يكون اللبن حادثاً عن وطء حلال أو حرام لعموم الظواهر والأخبار ، ولأن الاعتبار بوقوع الغذاء به وذلك يستويان فيه .

فصـل [١١ - التسوية بين درور اللبن من الموطوءة وغيرها] :

وإنما سوينا بين درور اللبن ممن لم توطأ وبين الموطوءة واليائسة والحادث عن وطء لما ذكرناه من العموم ، وللمعنى المعتبر وهو حصول الغذاء به .

فصـل [١٢ - التسوية بين لبن الحية ولبن الميتة] :

وإنما سوينا بين لبن الحية والميتة خلافاً للشافعي [٦] ، لعموم الظواهر والأخبار، ولأنه مؤثر في التحريم وصل إلى جوف المرضع في مدة الرضاع وحاجته إلى الاغتذاء به ، فوجب أن ينشر الحرمة أصله اللبن الذي يؤخذ [٧] منها حال الحياة .

---

(١) عن اللبن : سقطت من (م) .

(٢) في الحولين : سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٢/٢٨٨ ، التفريع : ٢/٦٩ ، الكافي ص ٢٤٢ .

(٤) انظر : الأم : ٥/٢٦ - ٢٩ ، مختصر المزني ص ٢٢٧ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٤٦) .

(٦) انظر : الأم : ٥/٣١ ، مختصر المزني ص ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٧) في (م) : يوجد .

فصــل [١٣ - إذا اختلط اللبن بما لم يستهلك فيه] :

وإنما قلنا : إنه يحرم وإن اختلط بما لم يستهلك فيه لأن الغلبة للبن ، ولأن الغذاء يحصل به ، فأما إذا استهلك فيما خالطه من ماء أو مائع أو دواء أو طعام، فعند ابن القاسم أن التحريم لا يقع به وهو قول أبي حنيفة [١] ، وعند ابن حبيب وذكره عن جماعة من أصحابنا أنه يحرم وهو قول الشافعي [٢] .

فوجه قول ابن القاسم أن استهلاكه يبطل حكمه بدليل أن الحالف لا يشرب لبناً لا يحنث لشربه ، ولأن تعليق التحريم باللبن كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر ثم قد ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء بأنه لا يتعلق بشربه حد فكذلك اللبن .

ووجه قول ابن حبيب أن اختلاط اللبن بغيره لا ينفى حكمه كما لو لم يستهلك فيه ، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله .

فصــل [١٤ - تحريم تزوج المرضعة بمن أرضعته] :

وإنما قلنا : إنه يحرم على المرضعة التزوج بمن أرضعته وعلى من له اللبن أن يتزوج الأنثى التي أرضعت [٣] من لبنه لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ [٤] ، وقوله تعالى : ﴿ وأخواتكم من الرضاعة ﴾ [٥] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » [٦] ، فإذا أرضعت المرأة صبياً حرمت هي عليه وكل من ولدته قبل الذي ارتضع من لبنها أو بعده لأنهن أخواته ، وتحرم عليه أخت المرضعة لأنها خالته ، وأخت الزوج الذي

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٣٤

(٢) انظر : مختصر المزني ص ٢٢٧ ، الإقناع ص ١٦٠ .

(٣) في (ق) : ارتضعت .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٤٦) .

له اللبن لأنها عمته ، وبناته لأنهن إخوانه من أبيه ، وقس على هذا كل ما يرد عليك من التحريم على ما يحرم من النسب ، ولا يحرم على أخي المرتضع بنات المرضعة لأنهن لسن بأخوات له ، وإنما هن أخوات أخيه .

فصــل [١٥ - لبن الفحل] :

ولبن الفحل يحرم ويتصور مع افتراق الأُمَّيْن : كرجل له امرأتان ترضع إحداهما صبياً والأخرى صبية فيحرم أحدهما على الآخر لأنهما أخوان للأب[١] ومن الناس من ذهب إلى أن لبن الفحل لا يحرم [٢] ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » [٣] ، وحديث عائشة رضي الله عنها لما أبت أن تأذن [٤] لعمها من الرضاعة وقالت : إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال صلى الله عليه وسلم : « إنه عمك فليلج عليك» [٥] ، ولأنهما يشتركان في اللبن ، ولأنه أحد الأبوين فلم يعتبر اجتماعهما فيه ، ولأنه تحريم يثبت بالنسب فثبت بالرضاع كتحريم الأمومة .

فصــل [١٦ - سفر المرضعة مع من أرضعته] :

وتسافر المرضعة مع من أرضعته لأنه ذو [٦] محرم لها كالابن من الولادة[٧] .

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٢٨٩ ، التفريع : ٢/ ٦٩ ، الكافي ص ٢٤٣ .

(٢) رخص فيه سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة (المغني : ٦/ ٥٧٢) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٤٦) .

(٤) في (م) : لما أتت لتأذن .

(٥) أخرجه البخاري في الشهادات ، باب : الشهادة على اللأنساب .. (٣/ ١٤٩) ، ومسلم في الرضاع ، باب : تحريم الرضاعة من ماء الفحل (٢/ ١٠٧٩) .

(٦) ذو : سقطت من (م) .

(٧) انظر : التفريع : ٢/ ٧٠ ، الكافي ص ٢٤٢ .

فصـل [١٧ - حكم إرضاع المطلقة بعد دخولها بزوج ثان من اللبن الأول] :

وإذا أرضعت المرأة صبياً بعد أن طلقت وتزوجت فوطئها الزوج الثاني واللبن متصل غير منقطع كان ابناً للزوجين لأن اللبن لهما ، فإن انقطع اللبن الأول ثم حدث لبن ثان كانت الحرمة للثاني دون الأول لانفراده باللبن[1] ، والله أعلم .

(آخر كتاب النكاح والحمد لله كثيراً)[2] .

* * *

(١) انظر : التفريع : ٢/٦٩ ، الكافي ص ٢٤٣ .

(٢) ما بين قوسين : سقط من (ق) .



كتاب البيوع [1]

الربا [2] في المبيعات يكون من وجهين وهما التفاضل والنساء [3] .

فأما التفاضل فالذي ورد النص به وانعقد الإجماع عليه [4] : هو في الجنس الواحد من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « الدينار با لدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما » [5] ، وقوله : « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين » [6] ، وقوله : «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا [7] بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض » [8] ، وقال ابن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا صلى الله عليه وسلم إلينا وعهدنا إليكم [9] ، وما روي عن ابن عباس في ذلك فقد ثبت رجوعه عنه [10] .

---

(١) البيع لغة : هو الإخراج ، واصطلاحاً قال ابن عرفة : البيع الأعم : عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة (انظر : حدود ابن عرفة ص ٢٣٢ ، والفواكه الدواني : ٧٧/٢) .

(٢) الربا لغة : هو الزيادة والنماء والعلو (معجم مقاييس اللغة : ٢/ ٤٨٣) .

(٣) التفاضل : وهو الزيادة ، والنساء : وهو التأخير (الفواكه الدواني : ٢/ ٧٨) .

(٤) انظر : المجموع : ٩/ ٤٤٢ ، نيل الأوطار : ٥/ ١٨٩ .

(٥) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً : ٣/ ١٢١٢ .

(٦) أخرجه أحمد : ٢/ ٣٧٩ ، وعزاه الهيثمي إلى الطبراني (مجمع الزوائد : ٤/ ١٠٥)

(٧) تشفوا : أي تزيدوا ، وقد تستعمل في النقص أيضاً (المصباح المنير ص ٣١٧) .

(٨) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : بيع الفضة بالفضة : ٣/ ٣٠ ، ومسلم في المساقاة ، باب : الربا : ٣/ ١٢٠٩ .

(٩) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٧٩ .

(١٠) وقد نقل أنه اختلف في رجوعه (انظر عبد الرزاق : ٨/ ١١٨) .

فصـل [١ - منع بيع كل جنس بشيء من جنسه] :

وموضوع كل جنس من ذلك لا يجوز بيعه بشيء من جنسه إلا مثلاً بمثل [(١)] خلافاً لمن أجاز أن يستفضل بينهما قيمة الصياغة [(٢)] ، للظواهر التي ذكرناها ، وروي في هذا : أن صائغاً سأل ابن عمر فقال : أصوغ الذهب ثم أبيعه بأكثر من وزنه واستفضل فيه قدر عمل يدي ، فنهاه ابن عمر عن ذلك ، وقال : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ، هذا عهد نبينا صلى الله عليه وسلم إلينا وعهدنا إليكم [(٣)] ، ونحو هذا ما جرى بين أبي الدرداء [(٤)] ومعاوية في سقاية الذهب أو الورق [(٥)] ، وكتاب عمر رضي الله عنه إلى معاوية رحمه الله : لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن [(٦)] ، ولأنه ذهب بذهب فأشبه المضروب والمصوغ بالمصوغ .

فصـل [٢ - تحريم التفاضل في المسميات] :

وأما الأربعة المسميات فالأصل فيه [(٧)] حديث عبادة [(٨)] وغيره أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٩٩ - ١٠٠ ، التفريع : ٢/ ١٢٥ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣٠٢ - ٣٠٣ .

(٢) أجازه الحنابلة (انظر : المغني : ٤/ ١١) .

(٣) سبق تخريج هذا الخبر قريباً .

(٤) **أبو الدرداء** : عويمر بن زيد بن قيس الأنصاري ، صحابي جليل ، أول مشاهده أُحُد ، وكان عابداً ، مات في أواخر خلافة عثمان ، وقيل : عاش بعد ذلك (تقريب التهذيب ص ٤٣٤) .

(٥) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٨٠ .

(٦) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٩٢ .

(٧) في (م) : فيها .

(٨) **عبادة بن الصامت** : بن قيس الأنصاري الخزرجي، أبو الوليد المدني ، أحد النقباء، بدري مشهور ، مات بالرملة سنة أربع وثلاثين وله اثنتان وسبعون ، وقيل : عاش إلى خلافة معاوية ، قال سعيد بن عفير : كان طوله عشرة أشبار (تقريب التهذيب ص ٢٩٢).

ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيدن ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى » [1] ، (ولا خلاف [2] في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات) [3] ، وفي طريق آخر : « البر بالبر مداً بمد والشعير بالشعير مداً بمد والملح بالملح مداً بمد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى »[4] ولا خلاف في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات [5] .

فصل [٣ - في كون التحريم متعلق بمعاني هذه المسميات دون أسمائها] :

التحريم متعلق بمعاني [6] هذه المسميات دون أسمائها [7] خلافاً لداود ونفاة القياس في قصرهم ذلك عليها دون تعديه إلى الفروع [8] ، فيتصور الخلاف معهم في الأرز والذرة والدخن والزبيب وغير ذلك مما لم يتناوله النص باسمه : فعندنا فيه الربا وعندهم لا ربا فيه ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [9] ، والربا الزيادة في اللغة [10] ، ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل [11] فعم ، وقوله : « إذا اختلف الجنسان

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : الربا : ٣/ ١٢١٠ .

(٢) انظر : الإجماع ص ١١٨ ، المجموع : ٩/ ٤٤٤ ، المحلي : ٩/ ٥٠٢ ، المغني : ٤/ ٤ .

(٣) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٤) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٩١ بإسناد جيد (إرواء الغليل : ٥/ ١٩٦) .

(٥) انظر : المراجع التي سبق ذكرها قريباً .

(٦) معاني : سقطت من (ق) .

(٧) انظر في هذا المدونة : ٣/ ٩٩ ، ١٧٣ ، التفريع : ٢/ ١٢٥ - ١٢٦ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣٠٣ .

(٨) انظر : المحلي : ٩/ ٥٨٨ .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(١٠) كما سبق تعريفنا له .

(١١) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : بيع الطعام مثلاً بمثل : ٣/ ١٢١٤ .

فبيعوا كيف شئتم »[1] ، فدل أن اتفاقهما مانع من التفاضل ، وفي حديث عبادة أنه صلى الله عليه وسلم قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب .. إلى أن قال : حتى الملح بالملح »[2] ، فجعل غاية لما ابتدأ به وهو الذهب والفضة والبر ، فدل على أن ما بينهما في حكمها ، ولأن ذلك مبني على صحة القياس وثبوت التعليل .

فصـل [٤ - ثبوت تعليل هذه المسميات وحصر هذه العلَّة] :

إذا ثبت أن هذه المسميات معللة وأن التحريم يتعلق بمعانيها ، فالعِلَّة فيها[3] عندنا : أنها مأكولة مدخرة للعيش غالباً هذا حصر أوصاف العلة ، ومن أصحابنا من يعبر عنها بالقوت وما يصلحه والمعنى واحد[4] ، وقال أبو حنيفة العلة الكيل والوزن مع الجنس[5] ، وقال الشافعي : العلة كونه مطعوماً جنساً[6] .

فدليلنا : أنه قد ثبت أن نصه صلى الله عليه وسلم على البر وما ذكر معه ليفيد به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه على غيره ، فلو أراد مجرد الأكل على ما يقوله الشافعي لاكتفى بالنص على واحد منها[7] ، إذ الأكل متساو في جميعها وليس يختلف عنده ، فكان يذكر أصنافه لينبه[8] على صنف بما ينص عليه منه ، وكذلك لو أراد الكيل بمجرده لكان يكتفي أن ينص على واحد منها[9] إذ الكيل متساو في جميعها ، وعلى قولنا : لا يعرى نصه على كل واحد منها من فائدة فنصه على البر لينبه به على كل مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله ،

---

(١) هو جزء من الحديث السابق .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) فيها سقطت من (م) .

(٤) انظر : المراجع التي ذكرناها في أول الفصل السابق .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٣٧

(٦) انظر : الأم : ٣/ ١٥ - ١٨ ، مختصر المزني ص ٧٧ ، الإقناع ص ٩٥ .

(٧) في (م) : منهما .

(٨) لينبه : سقطت من (م) .

(٩) في (م) : منهما .

ونصه على الشعير ليبين مشاركته للبر في ذلك ، وإن انفرد بصفة بكونه علفاً وإنه يكون قوتاً حال الاضطرار فنبه على الذرة والدخن وغيرهما ، ونصه على التمر[1] لينبه به على كل حلاوة مدخرة غالباً لأصل المعاش كالعسل والزبيب والسكر وما في معناه ، ونصه على الملح تنبيهاً [2] على أن ما يصلح المقتات من المأكولات في حكمها كالأبازير [3] وما في معناها فبان صحة ما اخترناه ، لأن تنبيهه صلى الله عليه وسلم على العلل من أقوى ما يستدل به عليها ، ولأنه قال : « حتى الملح » ، فجعله غاية بينه وبين ما نص عليه ، وإنما هو غاية لأدناه وليس يضاف بالدناءة إلى الأقوات فقط ، ولأن الطعم مراعى عندنا (وغير مراعي عندهم ، وقد قال النبي ﷺ : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » [4] فوجب اعتبار الطعام ولأن التفاضل يحرم) [5] عندنا في قليل المنصوص عليه وكثيره وعندهم لا يحرم إلا فيما يتأتى كيله فيجوز عندهم الكف من الحنطة بالكفين والعموم يمنعه، وربما سلك في ذلك طريق القياس فقيل : لأن كل جنس حرم التفاضل في كثيره حرم في قليله كالذهب والفضة ، ولأن علتهم فاسدة لأنها ترفع الأصل الذي انتزعت منه وهو عموم الخبر في معنى التفاضل ، والعلة إذا عادت لمخالفة أصلها وجب فسادها ، ولأن الشيء الواحد إذا كان علماً على حكم لم يجز أن يكون علماً على ضده والكيل علم [6] على التحليل فلم يكن علة للتحريم ، ولأن علتنا أرجح لأن الربا إنما حرم حراسة للأموال وحفظاً لها ، فكان في أغلى المكيلات كما كان في أغلى الموزونات وهو الذهب والفضة .

---

(١) في (ق) : الثمن .

(٢) في (م) : ينبه .

(٣) الأبازير : مفردها بزر وهو كل حب يبذر ، وقال ابن فارس : هو شيء من الحبوب (معجم مقاييس اللغة : ٢٤٦/١) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

(٥) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٦) في (م) : علماً .

فصل [٥ - في علة الذهب والفضة] :

فأما علة الذهب والفضة فكونهما أصول الأثمان وقيم المتلفات ، وهذه العلة عندنا مقصورة والتعليل بها سائغ ، لأن قصد التعدي في العلة ليس فيه أكثر من تعذر القياس وذلك لأن يخرجها عن أن تكون علة كما لو نص على كونها علة وعلى منع القياس ، ولأن قصرها لا يفيد منع الحمل للفرع عليها ، وذلك مستفاد بالتعليل كالتعدي ، ولأنه صلى الله عليه وسلم لما نص على الذهب والفضة ولم ينص على ما سواهما دل على أنهما مختصان بذلك ، لأنه ليس مشارك لهما في وضعهما الأخص ، ونفرض الكلام في أن الرصاص والنحاس لا ربا فيه فتقول : كل جنس جاز [١] التفاضل بين مهمله ومعموله ، فلا ربا فيه أصله التراب والقصب .

فصل [٦ - ما شارك في علة هذه المسميات يأخذ حكمها] :

إذا ثبت أن العلة في المسميات الأربعة ما ذكرناه ، فكل ما شاركها في علتها مشارك لها فيَ حكمهما كالأرز والذرة والدخن والقطنية [٢] واللحوم والألبان والخلول الأباير وسائر الفواكه المدخرة للقوت والتمر والزبيب والزيتون وسائر ما في معناها ، وكذلك العسل والسكر ، ولا ربا في تفاح ولا في بطيخ ولا خيار ولا قثاء ولا ما لا يدخر [٣] .

فصل [٧ - تحريم التفاضل في الجنس الواحد دون الجنسين] :

والتفاضل يحرم في الجنس دون الجنسين لقوله صلى الله عليه وسلم : « البر

---

(١) جاز : سقطت من (ق) .

(٢) القطنية : هي كل ما له غلاف كالفول والعدس والحمص وغيرها (الفواكه الدواني: ٣٣٦/١) .

(٣) انظر : المدونة : ١٧٧/١ - ١٧٩ ، التفريع : ١٢٦/٢ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣١٢ .

بالبر والشعير بالشعير [1] والتمر بالتمر والملح بالملح » [2] ، فقصر التحريم على الجنس بجنسه ، وقال : « فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » [3] وهذا نص.

فصـل [٨ - الربا في الجنس الواحد] :

والحنطة والشعير والسلت في حكم الواحد لا يجوز التفاضل في بيع بعضها ببعض [4] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : إنها أجناس [5] ، لقوله : «الطعام بالطعام مثلاً بمثل » [6] ، ولأنهما متقاربة في المنبت والمحصد وأن أحدهما لا يكاد ينفك ، فكان كالعلس [7] مع الحنطة .

فصـل [٩ - ما تجمع أنواعه في الزكاة فإنه صنف واحد] :

وكل ما تجمع أنواعه في الزكاة فإنه صنف واحد في البيوع ، فالتمر وألوانه صنف ، وكذلك الزبيب وأنواعه ، والقشمش وأنواعه ، وقد بينا الاختلاف في القطنية في الزكاة ، وأما الأرز والدخن والذرة فكل واحد صنف على حدته .

فصـل [١٠ - الربا في اللحم] :

اللحم فيه الربا لأنه مقتات ، واللحوم على ثلاثة أنواع فلحوم الأنعام

---

(١) بالشعير : سقطت من (م) .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

(٤) انظر : المدونة : ٣/١٧٧ - ١٧٨ ، التفريع : ٢/١٢٦ ، الرسالة ص ٢١٠ - ٢١١ ، الكافي ص ٣٠٩ - ٣١٠ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٦ ، مختصر المزني ص ٧٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

(٧) العَلَس - بفتحتين - : ضرب من الحنطة يكون في القشرة منه حبتان ، وقد تكون واحدة أو ثلاث ، وقال بعضهم : هو حبة سوداء تؤكل في الجدب ، وقيل : هو مثل البر إلا أنه عسر الاستنقاء ، وقيل : هو العدس (المصباح المنير ص ٤٢٥) .

والوحش صنف ، ولحوم الطير صنف وحشيّه وإنسيّه ، ولحوم دواب الماء صنف، وقال بعض أصحابنا : والجراد صنف رابع [1] ، وقال أبو حنيفة : هي أجناس مختلفة باختلاف الحيوان [2] ، وقال الشافعي في بعض أقاويله : إنها صنف واحد[3]، فالخلاف مع أبي حنيفة في بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً فمنعناه وجوّزه .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » [4] ، ولأنه لحم حيوان من بهيمة الأنعام ، فلم يجز بيعه بلحم شيء من الحيوان المشارك له في هذا الوصف متفاضلاً أصله إذا كان من نوعه لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلاً، ولأن الأغراض متقاربة فيهما وتؤكل على حد متقارب غير متباين .

فصــل [١١ - وجه جواز التفاضل بين لحم البقر ولحم الطير والسمك] :

والخلاف مع الشافعي في جواز لحم البقر بلحم الطير والسمك متفاضلاً فجوزناه ومنعه [5] ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » [6] ، والجنسية هاهنا المراد بها الأغراض والمنافع وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الإبل ، لأنهما لا يتفقان في منفعة ولا في غرض ولا يؤكل كل واحد منهما [7] على الوجه الذي يؤكل عليه الآخر ، ولأن السمك طعام لا يحتاج إلى ذكاة ، فجاز بيعه بلحم الطير متفاضلاً أصله اللبن .

---

(١) انظر : المدونة : ١٧٨/٢ ، التفريع : ١٢٦/٢ - ١٢٧ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣١٢ - ٣١٣ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٤١/١.

(٣) انظر : الأم : ٢٥/٣ - ٢٦ ، مختصر المزني ص ٧٨ .

(٤) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

(٥) في (م) : منعوا .

(٦) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

(٧) في (م) : أحدهما .

فصل [١٢ - في بيع الشحم والكبد والفؤاد والطحال وغيرها بشيء من اللحم] :

والشحم والكبد والفؤاد والطحال والحلقوم والخصي وما جرى مجرى ذلك له حكم اللحم فلا يجوز بيع شيء منه بلحم متفاضل [(١)] خلافاً لمن أجازه في بعض ذلك وفي جميعه [(٢)] لأنه نوع مأكول من جسد الشاة كاللحم ، ولأن جميع جسد الشاة قد أجري مجرى واحداً ولم يخرجه اختلاف أسمائه وأحواله من كونه لحماً لاتفاقهم على منع التفاضل بين الكرش والكبد واللحم ، فكذلك الشحم وغيره .

فصل [١٣ - في بيع الماء بالطعام] :

والماء لا ربا فيه على ظاهر المذهب ، وروي ابن نافع عن مالك : منع بيعه الطعام إلى أجل ، قال أصحابنا : يجيء على هذا أن يحرم بيعه قبل قبضه ، وإنما [(٣)] يحرم التفاضل في جنسه [(٤)] ، فوجه نفي الربا عنه أن التفاضل إنما يحرم حراسة للأموال وحفظاً لها ، فلذلك قضي على ما تمس الحاجة إليه من المأكولات دون غيره والماء أصله مباح غير متشاح فيه ، فكان منافياً لموضوع المقصود بالربا ، ووجه إثباته أنه في معنى القوت لأن الحاجة إليه أمس منها إلى الخبز إذ غير الخبز يقوم مقامه والماء لا يقوم غيره مقامه ، فكان تحريم التفاضل فيه أولى .

* * *

---

(١) في (م) : متفاضلاً .

(٢) جوزه الحنابلة (المغني : ٤/ ٣٤) .

(٣) في (ق) : إن .

(٤) انظر : المدونة : ٣/ ١٦٥ .

باب : [في بيع المزانبة]

بيع المزابنة [1] ممنوع [2] لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع المزاينة [3] ، وحصر هذا الباب [4] : بيع معلوم بمجهول من جنسه أو مجهول بمجهول من جنسه ، فمن المعلوم بالمجهول من جنسه بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب واللحم بالحي المأكول من جنسه لا يصلح إلا للحم كالمعلوف والكسير والمشوي بالطري النيئ ، والمالح والقديد بالطري من الحيتان وغيرها ، الجنس بجنسه والحنطة المبلولة باليابسة وبالمبلولة إلا أن يكون البلل واحداً ، ومنع منع بيع الدقيق بالعجين والحنطة بالعجين ، ولا بأس الدقيق بالدقيق والرطب بالرطب [5] متماثلاً عند مالك ومنعه عبد الملك وكذلك التمر العتيق بالحديث ، واختلف في الحنطة بالدقيق ولا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالخبز متفاضلاً ومتماثلاً ، وكذلك العجين بالخبز ، ولا بأس باللحم النيئ بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً ، وكذلك العجين بالخبز ، ولا بأس باللحم النيئ بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً ، وكذلك التمر والرطب [6] بخلهما ولا بأس : اللبن باللبن حال رطوبتهما [7] .

---

(١) المزابنة : أصل المزابنة المدافعة يقال : زابنه إذا دافعه (غرر المقالة ص ٢٢٠) .

(٢) انظر : التفريع : ٢/ ١٦٥ ، الرسالة ص ٢١٥ ، الكافي ص ٣١٣ - ٣١٤ .

(٣) أخرجه البخاري في المساقاة ، باب : الرجل يكون له ممر : ٣/ ٨١ ، ومسلم في البيوع ، باب : النهي عن المحاقلة والمزابنة : ٣/ ١١٧٤ .

(٤) في (م) : حصرها .

(٥) في (ق) : ولا بأس الدقق بالدقيق ولا بأس الرطب بالرطب .

(٦) في (م) : والرطب بالتنمر .

(٧) انظر في جملة هذه الأحكام المدونة : ٣/ ١٧٣ - ١٧٩ ، التفريع : ٢/ ١٢٦ ، ١٢٩، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣٠٩ - ٣١٤ .

فصـــل [١ - دليل منع بيع الرطب بالتمر] :

وإنما منعنا بيع الرطب بالتمر خلافاً لأبي حنيفة [(١)] لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن ذلك فقال : « أينقص الرطب إذا يبس » قالوا : نعم ، قال : « فلا إذا » [(٢)] ، وروي : « فنهى عنه » ، وروي : « لا تبايعوا الرطب بالرطب » [(٣)] وروي ابن عمر : أن رسول الله ﷺ : « نهى عن المزابنة » [(٤)] ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر » ولأنه جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم فلم يجز أصله بيع الشيرج [(٥)] بالسمسم والزيتون بالزيت ، ولأن المماثلة شرط في هذا الموضع وهي معدومة لأن التمر والرطب غير متناه ، وذلك يمنع التماثل وإذا ثبت المنع من ذلك فكل ما ذكرنا من بابه ، فحكمه في المنع مثله [(٦)] من الحي بالميت والمشوي بالطري والمبلول باليابس وسائر ما في بابه .

فصـــل [٢ - في بيع الرطب بالرطب] :

وأما الرطب بالرطب فإنما أجزناه خلافاً للشافعي [(٧)] وعبد الملك لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبايعوا التمر بالتمر حتى يبدوا صلاحها » [(٨)] وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، ولأنها ثمرة بيعت بجنسها وهما على حال يتساويان فيها، فجاز في ذلك أصله التمر بالتمر ، ولأن كل جنس جاز بيع بعضه ببعض حال جفافها جاز حال رطوبتها كاللبن باللبن .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٤٠

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : في التمر بالتمر : ٣/ ٦٥٤ ، والترمذي في البيوع ، باب : ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة : ٣/ ٥٢٨ ، وقال : حديث حسن صحيح .

(٣) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٩٦ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) الشيرج : دهن السمسم (المصباح المنير ص ٣٠٨) .

(٦) مثله : سقطت من (م) .

(٧) انظر : الأم : ٥/ ١٩ ، مختصر المزني ص ٧٧ ، الإقناع ص ٩٥ .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

فصـل [٣ - في بيع الحنطة بالدقيق] :

فأما الحنطة بالدقيق ، فاختلف أصحابنا في تخريجه على المذهب : فمنهم من يقول : إن المسألة على روايتين ، ومنهم من يقول : ليس بخلاف قول ، وإنما هو اختلاف حالين ، فإن كان كيلاً بكيل فلا يجوز وإن كان وزناً بوزن جاز [1] ، فوجه الجواز أنه ليس في طحن الحنطة أكثر من تفريق أجزائها ، وذلك لا يمنع الكيل ولا ينافي [2] المماثلة ، ووجه المنع أن المماثلة ممتنعة فيها [3] لأنه إن كان كيلاً بكيل أدى إلى التفاضل لأن الحب إذا طحن تفرقت أجزاؤه ولم تجتمع بعد ذلك اجتماع الحب بخلقته في الأصل فيجيء من صاع بر أكثر من صاع الدقيق ، وإن كان وزناً بوزن امتنع لأن طريق التماثل في ذلك الكيل فلا يجوز غيره .

فصـل [٤ - بيع الدقيق بالدقيق] :

وإنما أجزنا بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً خلافاً للشافعي [4] لأن التساوي فيه موجود في الحال كالحنطة بالحنطة .

فصـل [٥ - جواز بيع الحنطة والدقيق متفاضلاً] :

فأما تجويزنا التفاضل بين الحنطة والدقيق بخبزهما وسويقهما خلافاً للشافعي[5] فالنكتة فيه وفي جواز اللحم النيء بالمطبوخ متفاضلاً والرطب والتمر [6] بخلهما واحدة في جميع هذا الباب وهي : أن الصنعة تغير ما تدخله من الجنس حتى تجعله في حكم الجنس المفرد لأنه لا يصلح لما كان يصلح له أولاً ، وتختلف الأغراض فيه إذ لا يقول أحد أن منفعة التمر تقارب منفعة الخل ، وكذلك الحنطة والسويق والخبز والدقيق لأن تأثير النار في الطبخ والخبز من تباين المنافع وتغيير

---

(١) انظر : المدونة : ٣/١٧٧ ، التفريع : ٢/١٢٨ ، الكافي ص ٣١٣ .

(٢) في (م) : لا يأتي .

(٣) فيها : سقطت من (ق) .

(٤) ، (٥) انظر : الأم : ٥/١٩ - ٢١ ، مختصر المزني ص ٧٧ ، الإقناع ص ٩٥ .

(٦) في (م) : بالتمر .

الصنعة ما ينفي التقارب ويوجب التفاوت والتباين ، وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل ما له جاز في الجنسين المتباينين ، وأما جواز بيع التين بالتين [1] رطبين متماثلين فللتساوي في المنافع [2] والحال ، فقد سلما من الربا والمزابنة .

فصل [٦ - في بيع رطب من ثمره بيابس مزابنة] :

وما ذكرنا من أن بيع رطب من ثمره بيابس مزابنة ، فإنما ذلك في الجنس لأن التفاضل في الجنسين غير ممنوع ، فيجوز بيع التمر بالعنب والرطب بالزبيب وجميع ما في هذا المعنى ، وهذا فيما يحرم التفاضل في جنسه إذا بيع بعضه ببعض ، فأما ما لا ربا فيه كالخوخ والمشمش وغيرهما فيجوز بيع الرطب باليابس إذا تحقق التفاضل ويمنع مع الاحتمال والشك ليخرج عن المخاطرة .

فصل [٧ - في بيع المجهول بالمجهول] :

وأما بيع المجهول بالمجهول من جنسه مما لا يجوز التفاضل فيه فغير جائز ، وهو من باب المزابنة وذلك كالصبرة بالصبرة وثمرة نخلة بثمرة نخلة أخرى ، لأن عدم التماثل يقوم في المنع مقام تحقق [3] التفاضل لأن التماثل إذا لم يوجد فشرط جواز البيع غير حاصل .

فصل [٨ - في قسمة وبيع اللحم على التحري] :

يجوز قسمة اللحم على التحري وكذلك بيعه ، ومن أصحابنا من يطلق ذلك ومنهم من يشترط [4] فيه تعذر الموازين ، وكذلك البيض بالبيض والخبز بالخبز والرطب بالرطب واليابس باليابس [5] ، وعند أبي حنيفة والشافعي أن ذلك غير جائز [6] .

---

(١) في (م) : اللبن باللبن .
(٢) في (ق) : في المبلغ .
(٣) في (م) : تحقيق .
(٤) في (م) : يشرط .
(٥) انظر : المدونة : ٣/١٧٨ ، التفريع : ٢/١٢٦ ، الرسالة ص ٢١٥ ، الكافي ص ٣١٣ .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٦ - ٧٧ ، الأم : ٥/٢٣ - ٢٦ .

وإنما قلنا ذلك للعمل المستفيض من الصحابة في الأسفار أنهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحري ، والقسمة بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه ، ولأن الحذر في الشرع قد جعل طريقاً إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن ، وسبباً لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند [1] تعذرهما ، ألا ترى أنا نجيز ذلك في الزكاة والعرايا ، فجاز أن يكون التحري في مسألتنا طريقاً إلى معرفة التماثل للضرورة ، ووجهها أن الموازين في الأسفار قد تعدم وتتعذر فلو قلنا : أنهم لا يقتسمون اللحم في الأسفار إلا بميزان لشق ذلك [2] ، وأدى إلى ضياعه وفوات الانتفاع به ، فجاز لهذه الضرورة قسمه وبيعه .

فصـل [٩ - في بيع الطعام بالطعام] :

لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقداً ولا يجوز فيه تأخير بوجه كان من جنسه أو من غير جنسه كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بيع متفاضلاً أو متماثلاً ، ومن شرطه التقابض في المجلس [3] ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يفترقا من غير قبض إلا أن يكون المبيع جزءاً مشاعاً [4] ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الربا في النسيئة » [5] ، وقوله : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا التمر بالتمر ولا الشعير بالشعير . . . إلى أن قال : إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيد » [6] ، ولأن كل شيئين لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر مع جواز السلم فيه فلا يجوز بيعه به إلا يداً بيد أصله الذهب والفضة أو الذهب في الحلي، ولأنه بيع عين بعين يفسده دخول الأجل ، فكان التقابض شرطاً فيه أصله إذا باع جزءاً مشاعاً من صبرة .

---

(١) في (م) : بعد .

(٢) ذلك : سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/١٧٩ - ١٨٠ ، التفريع : ٢/١٣١ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣١٠ - ٣١١ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٦ - ٧٧ ، تحفة الفقهاء : ١/٢٦ - ٢٧ .

(٥) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : بيع الطعام مثلاً بمثل : ٣/١٢١٧ ، والبخاري في البيوع ، باب : بيع الدينار بالدينار نساء : ٣/٣١ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٥٧) .

باب : [في بيع الطعام قبل قبضه]

المبيعات على ضربين : طعام وغير طعام ، فالطعام يباع على وجهين : أحدهما على وجه يلزم فيه حق التوفية ، وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد ، والآخر جزافاً مصبراً ، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معيناً [1] أو في الذِّمَّة [2] ، والأصل نهيه صلى الله عليه وسلم بقوله : « من ابتاع طعاماً فليس يجوز له [3] أن يبيعه قبل قبضه » [4] ، وروي : « قبل أن يستوفيه » ، وإذا ثبت ذلك ، فكل أنواع الطعام داخله في المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه وكذلك الأشربة ، وذكر ابن وهب عن مالك أن [5] ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات [6] بدليل إباحة التفاضل فيه وسقوط الزكاة منه [7] ، والأول أصح للعموم ، ولأن النهي لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوي فيه المقتات وغيره (ولأن انخفاض حرمته عن المقتات في حكم من الأحكام لا يقتضي انخفاضها عنه في سائرها ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضه إلى أجل من حيث كان طعاماً) [8] ، والأدوية والبذور التي تبذر للزرع لا تدخل في هذا

---

(١) في (ق) : متعيناً .

(٢) انظر : المدونة : ٣/١٦٥ - ١٦٦ ، التفريع : ٢/١٣١ - ١٣٢ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣١٩ .

(٣) فليس يجوز له : سقطت من (م) .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك: ٣/٢٣ ، ومسلم في البيوع ، باب : بطلاق بيع المبيع قبل القبض (٣/ ١١٦٠) .

(٥) إن : سقطت من (م) .

(٦) المقتات : سقطت من (م) .

(٧) وسقوط الزكاة منه : سقطت من (م) .

(٨) ما بين قوسين : سقط من (م) .

لأنها ليست بطعام ، وإنما تتناول للحاجة وليس اسم الطعام لكل ما يتطعم لأنه لو كان كذلك لكان الجص والسم طعاماً لأن له طعماً ولكنه اسم لما جرت العادة بأكله على وجه يؤكل عليه الطعام في العادة من الاقتيات أو الائتدام أو التفكه أو التحلي وليس التداوي من هذا ، فلم يدخل فيه .

فصل [١- دخول ما ملك بعقد معاوضة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه]:

إذا ثبت ما ذكرناه فكل طعام ملك بعقد معاوضة مشارك لما ملك بشراء في منع بيعه قبل قبضه : من ذلك ما يملك أجرة في إجارة أو قضاء دين أو مهر أو خلع أو صلح عن دم عمد أو مثلاً لمتلف أو أرش جناية في مال مضمون (١) كان أو معينا، وكل ما يملك بغير معاوضة ، فجائز لمن ملكه بيعه قبل قبضه كالميراث والهبة والصدقة وغير ذلك والمقترض يجوز لمقرضه ولمقترضه بيعه قبل قبضه لأنه ليس بمبتاع ولا في معنى المبتاع .

فصل [٢ - جواز هبة وقرض الطعام المبتاع الممنوع من بيعه قبل قبضه] :

لمبتاع الطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه أن يهبه ويقرضه ويتصدق به أو يخرجه عن ملكه على غير وجه المبايعة قبل قبضه ، ولكن لا يجوز لمن صار إليه ذلك ببعض هذه الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه (٢) ، لأنه قائم مقام البائع وعقد هذا الباب : إن كل طعام ابتيع فلم يقبض فلا يجوز أن يقع عليه عقدة بيع حتى يقبض سواء كان ذلك من مبتاعه أو ممن صار إليه عن مبتاعه .

فصل [٣ - إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلوماً] :

إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلوماً ، ففيه روايتان (٣) : إحداهما أن له بيعه قبل أن يجزه ، والأخرى أنه ليس له ذلك ، فوجه الجواز أنه لم يبع ما استثناه ،

---

(١) في (م) : إن كان مضموناً .

(٢) انظر : التفريع : ١٣٣/٢ ، الرسالة ص ٢١١ - ٢١٢ ، الكافي ص ٣٢٠ .

(٣) انظر : التفريع : ١٤٧/٢ - ١٤٨ ، الكافي ص ٣٣٢ .

وإنما أبقاه على ملكه ، ووجه المنع أنه صار شريكاً للمشتري بمقداره من الكيل والأول أصح .

فصـل [٤ - الإقالة والتولية والشركة في الطعام قبل قبضه] :

إذا ثبت منع بيع الطعام للمشترى بكيل أو وزن أو عدد قبل استيفائه ، فيجوز منه الإقالة والتولية والشركة قبل القبض ، وإن كانت بيوعاً (١) لما روي : أنه صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الإقالة والشركة » (٢) وهذا نص ، ولأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمغابنة جاز للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق ، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك (٣) ، وهذا إذا وقع العقد الثاني على الوجه الذي وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة في تعجيل أو تأجيل : فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والتربح (٤) ، وإنما آثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق بمن فعل ذلك معه ، ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدا الوجه الذي له وقعت الرخصة ، وإنما أراد الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه .

فصـل [٥ - في بيع الجزاف أو الصبرة قبل نقله] :

ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا : وأما ما ابتيع من الطعام جزافاً (٥) أو

---

(١) انظر : المدونة : ٣/١٦٣ ، التفريع : ٢/١٣٣ ، الرسالة ص ٢١٢ ، الكافي ص ٣٢٠ .

(٢) الحديث أخرجه الشيخان من غير : وأرخص في الإقالة والشركة ، وهذه الزيادة الواردة في هذا الحديث ذكرها مالك في المدونة عن سعيد بن المسيب وباقي رجال السند ثقات إلا أنه مرسل (انظر : تخريج أحاديث المدونة - للدكتور الدرديري : ٣/١٠٩٤) .

(٣) في (ق) : ذلك .

(٤) في (ق) : الربح .

(٥) الجزاف : الشيء الذي لا يعلم كيله ولا وزنه (المصباح المنير ص ٩٩) ، وعرف ابن عرفة بيع الجزاف بقوله : هو بيع ما يمكن علم قدره دونه (حدود ابن عرفة ص ٢٤٠).

مصبراً [1] فيجوز بيعه قبل نقله إذا خلّى البائع بينه وبينه [2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [4] ، وروى ابن عمر : أن رسول الله ﷺ : « نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه»[5] فدل أن الجزاف بخلافه ، ولأن الجزاف ليس فيه توفية ، فإذا وجدت التخلية لم يبق وراءها توفية تطلب ، فجاز بيعه كالمكيل إذا قبض ، وقد استحب مالك رحمه الله أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف ويحتاط للعقد .

فصـل [٦ - فيما يجوز بيعه قبل قبضه] :

وما عدى الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحول وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن وما لا يكال ولا يوزن كان عيناً معينة أو سلماً مضموناً في الذِّمَّة فبيعه قبل قبضه جائز في الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض في العقد ما يمنع منه من كونه ديناً بدين أو ذريعة إلى بيع وسلف أو بعض الأشياء الممنوعة [6] ، خلافاً لأبي حنيفة في منعه بيع ما ينقل ويحول [7] ، والشافعي في منع بيع كل مبيع قبل قبضه من بائعه [8] ، لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [9] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه » [10] ، فدل أن ما عداه بخلافه ، ولأنه

---

(١) الصبرة : أي بلا كيل ولا وزن (المصباح المنير ص ٣٣١) .

(٢) انظر : المدونة : ١٦٦/٢ ، التفريع : ٢/ ١٣٠ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣٢٦ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٩ ، مختصر المزني ص ٨٢ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٥) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : بطلان بيع المبيع قبل القبض : ١١٦٢/٣ .

(٦) انظر : التفريع : ١٣٣/٢ - ١٣٤ ، الرسالة ص ٢١١ - ٢١٢ ، الكافي ص ٣١٩

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٣٤ .

(٨) انظر : الأم : ٦٩/٣ - ٧٤ ، مختصر المزني ص ٨٢ ، الإقناع ص ٩٢ .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(١٠) سبق تخريج الحديث ٩٦٩ .

إزالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق ، ولأنه أحد نوعي المبيعات فعدم القبض لا يمنع بيعه أصله المنافع في الإجارة ، ولأن الشراء نوع يملك به ، فجاز أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية ومع أبي حنيفة قياساً على العقار .

فصل [٧ - اشتراط القبض في البيع] :

عقود البياعات كلها تقع بالقول وليس القبض شرطاً في انعقادها ولا في لزومها، غير أن في بعضها إن تأخر القبض عن العقد تأخراً شديداً أو افترقا قبل بطل العقد ، وذلك كالصرف وبيع الطعام بالطعام ، فأما سائر العروض التي يجوز بيع بعضها ببيع نقداً أو نساء ، فإن تأخر القبض لا يبطل العقد فإن تلفت[١] نظر ، فإن كان في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فضمانه من البائع [٢] إلا أن يكون كاله أو وزنه للمشتري فتركه المشتري عنده فيكون حينئذ تلفه من المشتري ، وأما ما ليس فيه حق توفية مثل البيع بعينه أو الجزاف فتلفه من المشتري قبل القبض وبعده دفع المشتري الثمن أو لم يدفعه طالبه بالقبض أو لم يطالبه إلا أن يكون البائع حبسه عنده ليقبض الثمن ، فيكون حكمه حكم الرهن، أو منعه ابتداء ظلماً فيكون غاصباً ، فأما مع [٣] السلامة من ذلك كله فضمانه إن تلف من المشتري [٤] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٥] في قولهما : أن ضمانه من البائع قبل قبض المشتري إياه ، وإن العقد ينفسخ بتلفه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » [٦] ، فجعل الضمان ممن يكون له الخراج ، وقد

---

(١) في (ق) : تلف .

(٢) في (م) : البيع .

(٣) في (م) : بيع .

(٤) انظر : التفريع : ٢/١٣٣ - ١٣٤ ، الرسالة ص٢١٩ ، الكافي ص ٣١٩ - ٣٢٠.

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٩ ، الأم : ٣/٧٢ .

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : فيمن اشترى عبداً فاستعمله (٣/٧٧٧) ، والنسائي في البيوع ، باب : الخراج بالضمان (٢/٢٤٣) ، وابن ماجه في التجارات ، باب: الخراج بالضمان (٢/٧٥٤) ، والترمذي فيمن اشترى العبد واستغله (٣/٥٨١) ، =

ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض ليكون للمشتري ، فكان ضمانه منه ، ولأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق ، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشتري كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض فالقبض فرع على الملك وتابع له ، لأن البائع يجبر على إقباضه للمشتري ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه ، وإذا كان البيع لمستقر فالتلف ممن حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه ، ولأن إعتاق المشتري في العبد نافذ قبل القبض ، وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كبيع الخيار ، ولأنه عوض مستحق بعقد معاوضة ، فإذا كان معيناً [(١)] وتلف قبل القبض لم يتلف من المستحق عليه أصله المهر .

فصل [٨ - في بيع الجزاف] :

يجوز بيع الطعام جزافاً في الغرائر [(٢)] وصبراً على الأرض ، وكذلك غيره من العروض المكيلة أو المعدودة التي لا خطر لها ، وإنما الغرض مبلغها كالجص والنورة والقطن وغير ذلك ، ولا يجوز بيع شيء له بال وخطر تكثر قيمته ويعظم الغرر فيه كالعبيد والحيوان والثياب جزافاً .

وقاعدة هذا الباب : أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده ، وذلك كالحنطة والشعير والثمرة والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول ، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافاً لأنه ليس المقصد إلى عين كل واحد من آحاده لأن أحداً لا يقصد عين كل [(٣)] جوزة وبذنجانة ، وإنما القصد جملته ومبلغه ، فإذا علم ذلك بالحزر عند مشاهدته جاز بيعه كما يجوز[(٤)] بيع الشيء بالخرص فيتعلق

= وأحمد : ٦/٤٩ ، والدارقطني : ٣/٥٣ ، البيهقي : ٥/٣٢١ ، والحاكم : ٢/١٥ ، وصححه ابن القطان (تلخيص الحبير : ٣/٢٢) .

(١) في (م) : متعيناً .

(٢) في (ق) : العرايا .

(٣) في (م) : كيل .

(٤) في (م) : يحرز .

به أحكام الكيل والوزن ، ولأن القصد المبلغ ليس في جزافه خطر أو غرر فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده ، وإما المقصد التخفيف والرفق والراحة من التعب ومؤنة الكيل والوزن من المبيع ما يقصر أعيانه وآحاد جماعات كل عين في نفسها كالعبيد والحيوان والثياب والجواهر ، لأن كل واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختيار في نفسه والعلم بسلامته من العيوب وليس الغرض المبلغ دون العين ، فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الغرر بالمجازفة فيه فلا يجوز بيعه جزافاً (١) .

فصل [٩ - عدم جواز بيع ما يعلم كيله ووزنه جزافاً] :

ما علم بائعه كيله أو وزنه فلا يجوز له بيعه إلا بعد أن يعلم (٢) المشتري بمبلغه(٣) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٤) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من غشنا فليس منا » (٥) ، وهذا غش (٦) لأن المبتاع يدخل على أن البائع بمثابته في الجهل بمقدار المبيع ، وروي : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافاً حتى يبين » (٧) وهذا نص ، ولأنه باع جزافاً ما يعلم قدر كيله فلم يجز أصله إذا قال : قد بعتك ملء هذه الغرارة والبائع يعلم ما تسع .

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : التفريع : ٢/ ١٣٠ ، الرسالة ص ٢١١ ، الكافي ص ٣١٤ ، ٣٢٠ ، ٣٢٦ .

(٢) في (م) : إعلام .

(٣) انظر : المدونة : ٢١٩/٣ ، التفريع : ٢/ ١٣٠ ، الكافي ص ٣٢٦ - ٣٢٧ .

(٤) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٧ - ٨ ، الأم : ٣/ ٦٣ - ٦٤ .

(٥) أخرجه مسلم في الإيمان ، باب : قول النبي ﷺ : « من غشنا فليس منا » (٩٩/١) .

(٦) في (ق) : أغش .

(٧) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا يبيعه (٢٣/٣) ، ومسلم في البيوع ، باب : بطلان بيع المبيع قبل القبض : ٣/ ١٦١ .

فصل [١٠ - خيار المشتري إذا علم كيل أو وزن ما اشتراه جزافاً] :

إذا ثبت منع ذلك فمتى وقع فالمشتري بالخيار لأنه متعدى عليه لأنه إنما رضي بالجازفة ودخل على أن البائع بمثابته في الجهل بقدر الكيل [١] ، فإذا كتمه ذلك كان تدليساً [٢] عليه ، فثبت له الخيار كالعيب إذا كتمه وإن بين [٣] له فقال أنا أعلم كيلها ولست أعلمك ، فإن أردت أن تبتاع على هذا وإلا لم أبعك فرَضِيَ المشتري فذلك غير جائز ، لأنه رضي بالمخاطرة والغرر وقصد إلى ذلك مع الاستغناء عليه ، وذلك مفسد للعقد المبني عليه .

فصل [١١ - إذا أخبره بكيله فصدقه وقبضه بغير كيل] :

إذا أخبره [٤] البائع بكيله فصدقه المشتري عليه وقبضه بغير كيل ، فإن كان البيع نقداً جاز ، وإن كان إلى أجل فلا يجوز واختلف أصحابنا في تأويله [٥] ، فمنهم من يحمله على المنع ، ومنهم من يحمله على الكراهية [٦] ، وإنما قلنا : إنه إذا كان نقداً جاز لأنه ليس فيه تهمة لأنه لا يخاف منه إن لم يصدقه أن يفوته غرض [٧] ويقع لو صدقه لأدركه ولم يفته ، والنسيئة بخلاف ذلك لأنه يجوز أن يكون دون ما أخبره [٨] ، فإن لم يصدقه لم يرض ببيعه منه نسيئة ، وإنما غرض البائع في إنسائه أن ينتفع بالنقصان الذي يحتسب له به فيكون من أكل المال بالباطل .

---

(١) في (م) : المكيل .

(٢) في (م) : مدلساً .

(٣) في (م) : ولم يبين .

(٤) في (م : أخبرنا .

(٥) انظر : التفريع : ١٣١/٢ ، الرسالة ص ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ص ٣٢٦ .

(٦) في (م) : الكراهة .

(٧) في (م) : أن يفوته منه غرض .

(٨) في (م) : ما أجبره .

فصـل [١٢ - إذا صدقه بالكيل في النقد ثم ادعى نقصانه] :

إذا صدقه بالكيل في النقد[(١)] ثم ادعى المبتاع نقصانه عما أخبره أو زيادة ، فإن كان مما يكون مثله في اختلاف الكيل ويريد رده فلا يرده به ، لأن ذلك معفو عنه في العرف كالتغيير الذي يكون في أسفله والتراب الذي يعلم أنه لا ينفك منه، فإن كان زائداً على ذلك خارجاً عما جرى العرف به فله المحاسبة به لأن البائع لم يوفه ما عقد عليه البيع والقدر الفآئت لم يوجد له عوض ، وذلك إذا صدقه البائع أو كاله بحضرته أو قامت له بيِّنة به قبل أن يغيب عليه ، وإن لم يكن له إلا دعواه فلا يقبل ويحلف البائع .

* * *

(١) في (م) : في الكيل بالنقد .

باب : [في أضرب المبيع]

المبيع على ثلاثة أضرب : عين حاضرة ، وغائبة عن العقد ، وسلم في الذمة غير معين .

فأما بيع العين الحاضرة المرئية مثل أن يقول : بعتك هذا الثوب أو العبد أو الدابة وهو يراه ، فذلك جائز إذا أبصره وخبره ولا خلاف في هذا النوع (1) .

فصـل [1 - بيع الشيء الغائب] :

وأما الأعيان الغائبة عن العقد (2) فيجوز بيعها على الصفة أو على ما تقدم رؤيته (3) خلافاً للشافعي في منعه بيعها على الصفة (4) لقوله عز وجل : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ (5) ، ولأنه مبيع معلوم لهما مقدور على تسليمه غالباً كالمرئي ، ولأن ما تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم .

فصـل [2 - البيع على غير صفة ولا رؤية] :

ولا يجوز بيعه بغير صفة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية وذكر في المدونة جواز ذلك إذا اشترطت فيه خيار الرؤية (6) ، وكان شيخنا أبو بكر وأصحابنا يقولون : إنه خارج عن الأصول (7) ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيع ما لم ير ولم

---

(1) انظر : المحلي : 9/ 270 ، مراتب الإجماع ص 84 ، بداية المجتهد : 7/ 270 .

(2) عن العقد : سطت من (م) .

(3) انظر : المدونة : 3/ 255 ، التفريع : 2/ 170 ، الرسالة ص 216 ، الكافي 329.

(4) انظر : الأم : 3/ 20 ، مختصر المزني 75 ، الإقناع 96 - 97 .

(5) سورة البقرة ، الآية : 275 .

(6) المدونة : 3/ 255 .

(7) انظر : التفريع : 2/ 170 - 171 ، الكافي 329 .

يوصف ويكون للمبتاع خيار الرؤية بنفس العقد [١] ، ودليلنا على منعه : « نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع [٢] الغرر » [٣] وهذا منه ، ولأنه مجهول واشتراط خيار الرؤية لا ينفع [٤] ، كما لا ينفع في بيع الآبق والشارد ، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يؤذن [٥] ببطلانه كالسلم إذا لم يصفه حال العقد .

فصـل [٣ - معيار الصفة المطلوبة في بيع الشيء الغائب] :

إذا ثبت جواز بيع الغائب بالصفة ، فالذي يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب وجودها وعدمها ولا يكتفي [٦] في ذلك بذكر الجنس والعين[٧] فقط ، لأن بيع الملامسة لا يعرى من مشاهدة العين ومعرفة الجنس وهو مع ذلك غير جائز ولا يضره الإخلال بما لا يؤثر فيها [٨] .

فصـل [٤ - إذا جاء المبيع على الصفة المشترطة أو على أعلى أو أدون منها] :

وإن جاء المبيع على الصفة المشترطة لزم المبتاع ولم يكن له خيار الرؤية إلا أن يشترطه في العقد فيثبت له بالشرط ، وإنما قلنا : لا خيار له لأنه مبيع موصوف قبض على صفته فلم يكن له خيار الرؤية كالسلم ، وإن جاء على خلافها ، فإن كان أعلى فلا خيار له ، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة [٩] فمع الزيادة

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٤ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ١٥ - ١٧ .

(٢) في (ق) : نهى عن الغرر .

(٣) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه الغرر : ٣/ ١١٥٣ .

(٤) في (ق) : لا ينفعها .

(٥) في (ق) : يؤدي .

(٦) في (م) : يكفي .

(٧) في (م) : والبيع .

(٨) في (م) : منها .

(٩) في (ق) : مع الرؤية .

أولى ، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا للزيادة وإن كان أدون فالمبتاع بالخيار في الإمضاء والفسخ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه كما لو وجد عيباً .

فصـــل [٥ - إذا تلفت السلعة المبيعة على الصفة] :

إذا تلفت السلعة المبيعة على الصفة بعد العقد وقبل القبض ففيها ثلاث روايات[١] : إحداها أن التلف من البائع إلا أن يشترطه على المشتري ، والثانية أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع ، والثالثة أن ضمان الحيوان المأكول وما ليس بمأمون على البائع والدور والعقار من المشتري .

فوجه الأولى : أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه ، فما لم يوفه لم[٢] يستحق عليه العوض والتلف منه ، لأن المشتري لم يقبضه ولم تثبت عليه يد .

ووجه الثانية : أن الأصل السلامة مع كونه متميزاً عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية ، فكان ضمانه من المشتري وذلك إذا علم أن الصفقة صادفته حياً سليماً ثم تلفت[٣] من بعد .

فأما وجه تفريقه بين المأمون وغير المأمون على ظاهر السلامة ، فيجب أن يكون ضمانه من المشتري اعتباراً بالحاضر[٤] ، ولأن النقد لما جاز اشتراطه في المأمون ولم يجز في غيره دل على افتراق حكمهما .

فصـــل [٦ - النقد في بيع الشيء الغائب] :

إن تبرع المشتري في بيع الغائب بنقد الثمن أو بعضه قبل مجيء المبيع جاز ،

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٢٥٥ ، والتفريع : ٢/ ١٧٠ ، وفيه : « ففيها روايتان : إحداهما أنها من البائع إلا أن يشترط ضمانها على المبتاع ، والأخرى ألا أن يشترط أن ضمانها قبل القبض من بائعها » ا هـ ، والكافي ص ٣٢٠ ، وفيه حكاية القولين فقط ، ولعل الأقوال الثلاثة من تفصيل المصنف .

(٢) في (م) : فلا .

(٣) في (م) : تلف .

(٤) في (م) : بالحاضرة .

فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز في المأمون لعدم [1] تغيره وأمنه [2] في الغائب كالعقار والدور ولا يجوز في الحيوان والمأكول وما لا يؤمن تغيره ، والفرق أن المأمون يقبل الغرر فيه وغير المأمون يكثر الغرر فيه ، فاشتراط النقد فيه غرر ، ولأنه يدخله سلف وبيع لأن النقد يتردد بينهما لأن المبيع إن سلم كان نقداً وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشتري .

فصـل [٧ - في بيع البرنامج] :

يجوز عندنا بيع الأعدال على البرنامج [3] وهو أن يبيعها على الصفة التي يتضمنها برنامجه من ذكر الجنس والنوع والزرع والعدد والسعر ، فإن وافق الصفقة لزم البيع ، وإن خالف كان كما ذكرناه وليس للمبتاع إذا وافقت الصفة ، وقال : هي مخالفة [4] أن يرد خلافاً للشافعي في قوله [5] : لا يجوز [6] ، ودليلنا الظاهر وهو قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [7] ، ولأن أكثر ما فيه أنه باع عيناً يتعذر رؤيتها بصفة تحصرها ، وقد دللنا على جواز ذلك .

فصـل [٨ - في بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة] :

يجوز بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة إذا كان من وقت الرؤية إلى وقت العقد من المدة ما لا تتغير في مثله والاعتبار في ذلك بالعرف في مثل تلك السلعة مما يعلم أنها تتغير وتحول عن الصفة التي كانت [8] عليها في مثلها ، فإن كان بين الوقتين بقدر ذلك لم يجز البيع إلا برؤية مستأنفة أو صفة .

---

(١) لعدم : سقطت من (م) .

(٢) أمنه : سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٢٥٧ ، الموطأ : ٢/ ٦٧٠ ، التفريع : ٢/ ١٧١ .

(٤) في (م) : وهي غالية .

(٥) في قوله : سقطت من (م) .

(٦) انظر : الأم : ٣/ ٢٠ ، مختصر المزني ٧٥ ، الإقناع ٩٦ - ٩٧ .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٨) في (ق) : طالت .

نوع آخر : [في السلم]

وأما السلم [1] في الذِّمَّة فإنه جائز في كل ما تضبطه الصفة والأصل في جواز ذلك [2] قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [3] ، وقوله : ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾ [4] ، فدل ذلك على أن من التجارات ما لا يكون حاضراً ، وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ [5] ، قال ابن عباس : ذلك في السلم [6] ، وروي : أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص في السلم [7] ، وروي : أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمر السنتين والثلاثة فقال :

---

(١) السلم : يعني السلف ، وإنما سمي سلماً لأنه يسلم إليه دراهمه ويتركها عنده من قولهم : أسلمته مائة ، أي تركتها (غرر المقالة ص ٢١٦) ، وفي الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله : عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين (حدود ابن عرفة ص ٢٩١) .

(٢) في (م) : جوازه .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٦) انظر : تفسير الطبري : ٣/١١٦ .

(٧) الجزء الأول من الحديث أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : بيع الرجل ما ليس عنده : ٣/٧٦٩ ، والنسائي في البيوع ، باب : بيع ما ليس عند البائع : ٧/٣٥٤ ، وابن ماجه في التجارات ، باب : النهي عن بيع ما ليس عندك : ٢/٧٣٧ ، والترمذي في البيوع باب : ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك : ٣/٥٣٤ ، وقال : حسن صحيح ، أما الجزء الأخير قوله : وأرخص في السلم ، فلم أعثر عليه .

«من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[1] ، وهذا نص في جوازه ، ولا خلاف فيه[2] .

فصـل [١ - في شروط بيع السلم] :

وله ثمانية شروط[3] :

أحدها : أن يكون في الذمة مطلقاً لا في عين[4] معينة .

والثاني : أن يكون موصوفاً بما يمكن حصره به من الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض والأسواق باختلافها .

والثالث : أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد أو ذرع أو غير ذلك من المقادير التي تعتبر في ذلك النوع .

والرابع : أن يكون رأس المال معلوماً مقدراً .

والخامس : أن يكون نقداً لا مؤجلاً .

والسادس : أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لا يجوز أن يكون حالاً ، واختلف في حد الأجل ، فعنه فيه روايتان : إحداهما أجل مطلق أي أجل كان ، والآخر أجل يختلف في مثله الأسواق[5] وتتغير معه الأسعار .

والسابع : أن يكون الأجل[6] (محدودواً بمدة معلومة .

---

(١) أخرجه البخاري في السلم ، باب : السلم في كيل معلوم : ٤٣/٣ ، ومسلم في المساقاة ، باب : السلم : ١٢٢٦/٣ .

(٢) انظر : شرح مسلم : ٤١/٧ ، فتح الباري : ٣٣٩/٤ ، نيل الأوطار : ٢٢٦/٥ .

(٣) في شروط السلم انظر : المدونة : ١١٧/٣ - ١٤٠ ، التفريع : ١٣٤/٢ - ١٣٨ ، الرسالة ص ٢١٦ ، الكافي ص ٣٣٧ - ٣٤٠ .

(٤) في (م) : غير .

(٥) الأسواق : سقطت من (ق) .

(٦) في (م) : السلم .

والثامن : أن يكون المسلم فيه) [1] موجوداً عند المحل وليس من شرطه أن يكون موجوداً في حال العقد ولا متصل الوجود في حال العقد ولا متصل الوجود من وقت العقد إلى وقت المحل ، والأولى أن يسمى موضع القبض ، فإن أطلق ولم يعين جاز ولزم في الموضع الذي وقع العقد عليه في سوق تلك السلعة والموضع الذي جرى عرف أهل ذلك الموضع بقبض ما يسمى فيه بأن يقبضونه فيه.

فصل [٢ - في عدم كون السلم عيناً] :

وإنما قلنا : إنه لا يجوز أن يكون عيناً [2] لأن الأعيان لا تثبت في الذمم لأن من حق ما يثبت في الذمة [3] أن يكون مطلقاً غير معين ، ولأن السلم في العين غرر لا يحتاج إليه لأنه إن أريد ضمانها في الذمة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت لزمت [4] المسلم إليه بدلها أو قيمتها ، فذلك غير جائز لأن المعين [5] ينفسخ العقد بتلفه ولا يلزم رد مثله ، ولأنه إذا كانت العين مما لا يكال ولا يوزن لزم رد قيمتها لا مثلها ، فإن إثبات العين في الذمة إن أُريد به تبقيتها إلى وقت الأجل فذلك غير مقدور عليه لإمكان أن يتلف ، وإن أريد به ضمان مثلها فقد أفسدناه .

فصل [٣ - حصر المسلم بأكثر مما يمكن من الصفات] :

وإنما قلنا : يجب حصره بأكثر مما يمكن من الصفات ، وقد دخل في ذلك الجنس والنوع لأنه مقدم على ما يتبعه [6] من الصفات ، لأنه مضمنة به ليكون

---

(١) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٢) في (م) : معيناً .

(٣) في (م) : الذمم .

(٤) في (م) : لزم .

(٥) في (ق) : العين .

(٦) في (م) : يبيعه .

المسلم فيه معلوماً ويخرج عن حيز الجهل [١] ولا يكون كذلك إلا بالمشاهدة وبالصفة والمشاهدة لا تتصور إلا على معنى الصفة بأن يريد عيناً بصفة النوع الذي يسلم فيه ، وإذا تعذرت المشاهدة لم يبق إلا الصفة ومتى عري العقد منهما كان مجهولاً وغرراً ، وليس يلزم أن يذكر جميع الصفات حتى لا يخرج منها لشيء لأن ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه ، وإنما المحتاج إليه ما يتعلق به الغرض ويقف عليه المقصد ويزداد في الثمن لأجله ويرغب في إسلافه [٢] لمكانه ، فإذا حصل كفى [٣] عن زيادة عليه وذلك يختلف في أنواع المبيعات بما يعرفه أهل كل نوع من وصفه عندهم مما يقصد من صفاته ، فإذا ثبت هذا فحصر الباب : أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين ، فإن السلم فيها[٤] جائز من سائر العروض والحيوان والأطعمة وغيرها فيستغنى بذلك عن التكثير بأعيان المسائل وتفصيلها [٥] إلا مواضع يختلف فيها .

فصل [٤ - السلم في الرقيق والحيوان] :

يجوز السلم في الرقيق وسائر الحيوان [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم أرخص في السلم [٨] ، وفي حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص [٩] الصدقة ،

---

(١) في (م) : المجهول .

(٢) في (م) : إسلامه .

(٣) في (ق) : كما .

(٤) في (م) : نوعها .

(٥) في (ق) : ونقصانها .

(٦) انظر : المدونة : ٣/١٨٥ - ١٨٨ ، التفريع : ٢/١٣٤ ، الرسالة ص ٢١٦ ، الكافي ص ٣٣٨ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٤٢.

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٢ .

(٩) قلاص : جمع قلوص وهي الشابة من الإبل (انظر الصحاح : ٣/١٠٥٤) .

فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة [١] ، ولأن الحيوان يثبت في الذمة إما سلماً وإما قرضاً لأنه صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً ورد رباعياً [٢] ، ولأنهم يوافقونا في تعلق [٣] الحيوان بالذمة مهراً وخلعاً وكتابة وصلحاً ، فنقول: لأن الحيوان يتعلق بالذمة مهراً ، فجاز أن يتعلق بها سلماً وقرضاً اعتباراً بالثياب، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان فيه عوضاً [٤] في الذمة أصله النكاح ولأن الحيوان يضبط بالصفة ، وكذلك قال رسول الله ﷺ : « لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه يراها » [٥] ، وكذلك دية العمد والخطأ بالصفة ، والعبيد يضبطون بالصفة في الجنس واللون والسن والهيئة .

فصـل [٥ - السلم في الدنانير والدراهم] :

السلم في الدنانير والدراهم جائز [٦] خلافاً لأبي حنيفة [٧] لقوله صلى الله عليه وسلم : « .. فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » [٨] فعم ، ولأن كل ما جاز أن يكون في الذمة ثمناً جاز أن يكون مثموناً [٩] أصله الثياب ، ولأنه

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : في الرخصة في الحيوان بالحيوان نيئة (٣/ ٦٥٢) والدارقطني : ٣/ ٦٩ ، والبيهقي : ٥/ ٣٨٧ ، وفي إسناده ابن إسحق ، وقد اختلف عليه فيه (انظر تلخيص الحبير : ٣/ ٨) .

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : من استسلف شيئاً فقضي خيراً منه : ٣/ ١٢٢٤ .

(٣) في (ق) : يوافقنا في تعليق .

(٤) في (م) : معاوضة .

(٥) أخرجه الإمام أحمد : ١/ ٣٨٠ ، و٤٦٠ ، وقال الهيثمي : وأحد إسنادي أحمد رجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد : ٨/ ١٠٥) .

(٦) انظر : المدونة : ٣/ ١٢٨ ، الكافي ص ٣٣٨ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٦ - ٨٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٤٢ - ٤٤ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٩٢) .

(٩) في (م) : مثمناً .

يمكن ضبطها بالصفة فيذكر جنس فضتها وسكتها وخفتها وثقلها ووزنها [1] ، وكونها صحاحاً وجياداً فجاز السلم فيها .

فصـل [٦ - جواز السلم في اللحم] :

يجوز السلم في اللحم بصفة معلومة [2] خلافاً لأبي حنيفة [3] ، لأنه يضبط بالصفة فيقال : لحم ضأن معلوف من كبش أو من خروف أو لحم معز ، وإن اختلفت الأغراض في مواضعه من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكر .

فصـل [٧ - جواز السلم في الرؤوس والأكارع] :

يجوز السلم في الرؤوس والأكارع [4] خلافاً لأبي حنيفة ولأحد وجهي الشافعي [5] لأنه يصح ضبطها بالصفة من السمانة والجنس وفروع هذا الباب كثيرة وجُمَلها قد ذكرناها .

فصـل [٨ - في كون المسلم فيه مقدراً بكيل معلوم أو وزن أو غيره] :

وإنما قلنا : يجب أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن أو عدد أو غيره من المقادير على حسب المسلم فيه وما يعرف به مقداره عند أهله لينتفي عنه الغرر بالجهل ويحصل العلم لكل واحد للبائع بما اشتغلت به ذمته وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه ، وراعينا عادة أهل كل بلد في معرفة مقادير السلم عندهم لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة لأن قصدهم من معرفة المبلغ الوجه الذي ألفوه بينهم .

فصـل [٩ - وجوب كون رأس المال معلوماً] :

وإنما قلنا : يجب أن يكون رأس المال معلوماً بمثل ماله وجب ذلك له في الطرف الآخر ، لأنه أحد الطرفين في السلم اعتباراً بسائر البياعات .

---

(١) ووزنها : سقطت من (ق) .

(٢) انظر : المدونة : ١٢٥/٣ ، الرسالة ص ٢١٦ ، الكافي ص ٣٣٨ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، مختصر القدوري -مع شرح الميداني : ٤٢/٢ .

(٤) انظر : المدونة : ١٢٥/٣ ، الرسالة ص٢١٦ ، الكافي ص ٣٣٨ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، مختصر المزني ص ٩٢ .

فصل [١٠ - اشتراط كون رأس المال نقداً] :

وإنما شرطنا أن يكون رأس المال نقداً لأنه متى كان مؤجلاً دخله الدين بالدين ، وإنما قلنا : إن قبضه في مجلس العقد ليس بشرط وأنه يجوز تأخيره اليوم واليومين بغير شرط التأجيل لأن ذلك لا يخرجه إلى الدين بالدين ، إذ لا بد من استثناء مدة يمكن فيها وزن [(١)] المال ونقده ، وجري العادة بتراخي الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول ، ولأن من ابتاع ثوباً بنقد فتأخر قبض الثمن يوماً أو يومين لم يخرجه ذلك عن النقد ولم يدخل في حيز [(٢)] الأجل .

فصل [١١ - اشتراط الأجل في السلم] :

وإنما قلنا : إن الأجل شرط في السلم وأنه لا يجوز أن يكون حالاً خلافاً للشافعي [(٣)] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم » [(٤)] ، ولأن السلم إنما جُوِّز ارتفاقاً للمتعاقدين لأن المسلم[(٤)] يقدم الارتخاص والمسلم إليه يرغب في إرخاص الثمن للرفق الذي له في استعجال الانتفاع به ، وفي الصبر والتأخير ، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابه ممنوع لأنه إذا كان حالاً زال هذا الرفق .

فصل [١٢ - في اعتبار الأجل القريب والبعيد في السلم] :

ووجه قوله : أنه يجوز إلى الأجل القريب والبعيد قوله صلى الله عليه وسلم: « إلى أجل معلوم » [(٦)] فعم ، واعتباراً بالأجل البعيد ، ولأنه معنى يشترط في السلم ، فجاز قليله وكثيره أصله مقدار المسلم فيه ، ووجه قوله : أنه لا يجوز إلا

---

(١) في (م) : زوال .

(٢) في (م) : خبر .

(٣) انظر : الأم : ٣/ ٩٧ ، مختصر المزني ص ٩٠ ، الإقناع ص ٩٥ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٨٢) .

(٥) في (م) : السلم .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٨٢) .

إلى أجل تختلف في مثله الأسواق أن المقصود من السلم الارتفاق من انتفاع البائع بتقديم المال والمسلم [(١)] بما يرتخصه ليحصل له من تغير الأسواق واختلافها ما يريده ، وإذا أضربا أجلاً لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود فكان في معنى الحال .

فصـل [١٣ - في كون الأجل معلوماً] :

وإنما قلنا : إن الأجل يكون معلوماً لقوله تعالى : ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ [(٢)] ، قال ابن عباس : هو السلم ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « إلى أجل معلوم » [(٣)] ، ولأن الجهل بمدة السلم غرر كالآجال في الديون .

فصـل [١٤ - السلم إلى الحصاد والجداد وقدوم الحاج] :

ويجوز السلم إلى الحصاد والجداد وقدوم الحاج [(٤)] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(٥)] ، لأنه وقت يعرف في العادة لا يتفاوت اختلافه كقولك إلى شهر كذا وكذا أو إلى النيروز أو المهرجان [(٦)] .

فصـل [١٥ - وجود المسلم فيه عند الأجل] :

وإنما قلنا : إن شرطه أن يوجد المسلم فيه عند الأجل [(٧)] لأن الغرض بالسلم

---

(١) في (م) : السلم .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٨٢) .

(٤) انظر : الكافي ص ٣٣٨ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، الأم : ٩٩/٣ .

(٦) النيروز : معرب وهو أول السنة لكنه عند الفرس عند نزول الشمس أول الحمل وعند القبط أول توت (المصباح المنير ص ٥٩٩) ، والمهرجان عيد للفرس وهي كلمتان : مهر ، جان ، ومعناها : محبة الروح ، وفي بعض التواريخ كان المهرجان يوافق أول الشتاء (المصباح المنير ص ٥٨٣) .

(٧) في (م) : المحل .

حصول المسلم فيه بإزاء العوض [1] المبذول [2] في مقابله ، فإذا لم يوجد عند المحل كان غرراً وعائداً بالجهل لأنه إما أن يفسخ العقد فيرجع المسلم بالثمن على غرر أو يصبر [3] إلى وقت وجوده ، وذلك انتقال من أجل إلى أجل ويصير كمن عقد على عين الغير والبائع لا يقدر [4] على تسليمها ، وكل ذلك غير جائز .

فصـــل [١٦ - عدم اشتراط وجود المسلم فيه حال العقد] :

وإنما لم يجعل وجوده عند العقد شرطاً في صحة العقد خلافاً لأبي حنيفة [5] لقوله صلى الله عليه وسلم : « في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[6] فعم ، ولأنه وقت لا يجب التسليم فيه فلم يضر فقده فيه أساساً بين العقد والأجل [7] .

فصـــل [١٧ - ذكر الموضع الذي يسلم فيه] :

وإنما قلنا : إن الأولى أن يذكر الموضع الذي يسلم فيه ليزول التخاصم بين المتبايعين ويكونا قد دخلا على معرفة بذلك ، وقلنا : إن تركا ذكره لم يضر لأن الأمر يحمل على العرف في مثل ذلك فيصير العرف كالمشترط .

فصـــل [١٨ - جواز المسامحة في بعض شروط السلم من أحد العاقدين للآخر] :

إذا عقد السلم على الشروط التي ذكرناها صح وجازت المسامحة بعد ذلك من أحدهما للآخر ما لم يعد ينقض أصله أو بذريعة إلي فعل محظور من بيع وسلف

---

(١) في (م) : العرض .

(٢) في (ق) : الجهل .

(٣) في (ق) : يسفر .

(٤) لا يقدر : سقطت من (ق) .

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/٤٣ - ٤٤

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٨٢) .

(٧) في (م) : أصله بعد الأجل .

أو وضع وتعجيل أو معاوضة على إسقاط ضمان (أو بيع طعام قبل قبضه) [(١)] أو بيع طعام بطعام متأخرٍ أو ما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة ، فمتى أدت [(٢)] المسامحة إلى شيء من ذلك لم يجز وإن سلمت منها فهي جائزة ونحن نبين من ذلك ما ينكشف به ما ذكرناه فيه .

فصـل [١٩ - إذا أسلم في شيء موصوف ثم إذا حل الأجل أراد أخذ صنف آخر] :

وإذا أسلم في حنطه موصوفة [(٣)] إلى الأجل ، فلما حل أراد أن يأخذ بمكيلتها صنفاً أعلى منها أو أدون أو شعيراً أو سلتاً فلا بأس بذلك ، فإن كان ذلك قبل المحل فلا يجوز ، والفرق بين الموضعين أن الأجل إذا لم يحل فأخذ الدون وضع وتعجيل [(٤)] ، لأن التقديم غير مستحق له ، فإنما رضي بدون شرطه لتعجله وأخذ الزيادة في مقابلة إسقاط الثمن عند البائع لأنه يخاف إن بقي في ذمته إلى وقت أجله [(٥)] ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه وتلزمه كلفة إلى ذلك الوقت في حفظه وتعهده ويعلم أنه لا يلزم المسلم قبوله قبل الأجل ، فتكون الزيادة في مقابلة جميع هذا ، وإذا حل الأجل أمن من ذلك كله لأنه إن كان [(٦)] أخذ الدون فذلك مسامحة لأنه ليس بمتعجل شيئاً لا يستحقه لأن الأجل قد حل وإن أخذ الأعلى فذلك مسامحة من المسلم إليه ، لأنه لا يستحق عليه ببقية السلم [(٧)] في ذمته زيادة على الأجل فيحمل ذلك عليه ، فبان الفرق بينهما وإن كان ذلك في غير الجنس

---

(١) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٢) في (م) : آلت .

(٣) في (ق) : معرفة .

(٤) في (ق) : تعجل .

(٥) في (م) : الأجل .

(٦) إن كان : سقطت من (م) .

(٧) في (ق) : المسلم .

أو النوع امتنع في الطعام وجاز في غيره لأنه إذا أسلم إليه في كر [١] حنطة ، فلما حل الأجل أعطاه مكانه عدساً أو أرزاً أو حمصاً أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان لم يجز شيء من ذلك لأنه بيع الطعام قبل قبضه وقصد المتاجرة والمغابنة وخروج عن المعروف والمسامحة .

وأما في غير الطعام فيجوز كأنه أسلم إليه في عشرة أثواب قصب بصفة معلومة وغزل معروف ، فلما حل الأجل رجع إليه عنها شيئاً من غير جنسها مثل الطعام أو الحيوان ، فإنه يجوز لأنه بيع الثياب المسلم فيها قبل قبضها وذلك جائز بخلاف الطعام ، وهذا إذا قبض الشيء الذي ينتقل إليه فإن لم يقبضه وكان في ذمة المسلم إليه لم يجز لأنه يصير ديناً بدين ، فأما إن دفع إليه [٢] قبل حلول الأجل مثل طعامه في الكيل والصفة فله أن يقبله وله أن لا يقبله [٣] خلافاً للشافعي في قوله: إنه يلزمه أن يقبل العروض [٤] وكل ما سوى الحيوان ، لأن الأجل في السلم حق لهما ، فلما كان المسلم لو طالب به قبل حلول أجله لم يلزم المسلم إليه دفعه لأنه في ذلك إسقاط حقه من تبقيته في ذمة المسلم إليه وضمانه وأن يسقط عنه حفظه ومراعاته ، فإذا ثبت ذلك وتراضيا على أخذه قبل الأجل جاز لأنه مسامحة من أحدهما للآخر .

فأما الذهب والفضة فيلزم من تدفع إليه قبل محلها أخذها بخلاف غيرها من الطعام والعروض لأنه لا يرجى فيها من تغير الأسواق واختلاف الأسعار ما يرجى في سائر المثمنات ولا يحتاج إلى حفظ ولا مراعاة ولا تلزم عليها مؤونة ولا يخاف عليه فساد ، فكان الأجل فيها حقاً ينفرد به من هي عليه والله أعلم ، وهذا الذي ذكرناه في الذهب والفضة يستوي فيه البيع والقرض ، فأما ما عداه فالأجل

---

(١) الكر : كيل معروف وهو ستون قفيزاً أو اثنا عشر وسقا (المصباح المنير ص٥٣٠).

(٢) إليه : سقطت من (ق) .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١٣٥/٣ ، التفريع : ١٣٦/٢، الرسالة ٢١٦ - ٢١٧ ، الكافي ٣٣٩ .

(٤) انظر : الأم : ١٣٢/٣ - ١٣٣ ، مختصر المزني ٩٢ ، الإقناع ٩٧ - ٩٨ .

في المعاوضة [١] حق لهما لا يلزم أحدهما قبول ما يتعجل منه إلا برضاه ، وفي القرض حق المستقرض وحده ، فإن عجله لزم المالك قبوله .

فصل [٢٠ - إذا حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقي] :

وإذا أسلم [٢] في طعام أو عرض إلى أجل ودفع الثمن فلما حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقي فلا يجوز ذلك لأنه ذريعة إلى البيع والسلف ، وذلك أن التهمة تقوى في أنهما تواطئا على البيع والسلف وسمياه بيعاً ليتطرق بذلك إلى جوازه كأنه قال له بعني عشرة أكرار بمائة دينار ، فقال : لا أفعل إلا أن تسلفني مائة دينار (فقال : أن البيع والسلف لا يجوز ولكن يجعل السلم في عشرين كراً بمائتي دينار) [٣] ، فإذا حل الأجل أقلتك من عشرة أكرار وأخذت عشرة فينتفع البائع بثمن العشرة ثم يرد بدله فيصير بيعاً وسلفاً ، ولا يجوز إلا أن يكون الإقالة في الشيء اليسير الذي لا يخاف منه ذلك ولا تقوى التهمة لأجله مثل : أن يسلفه في عشرين كراً فيقيله من كر ونصف كر أو الأمر الخفيف ، فهذا لا يقوى التهمة إلا أن يكونا قصدا بيع عشرين كراً بمائتي دينار لينتفع بدينار أو بخمسة ، وكذلك لو أقاله من النصف وكان رأس المال معيباً فرده بعينه ، فيعلم أنه لم ينتفع به بأن ذلك جائز غير ممنوع لأن الإقالة تصرف إلى الرفق وإعواز الإتمام أو غيره من الأعذار [٤] .

فصل [٢١ - شرط أخذ طعام بدل طعام في السلم عند الأجل] :

فإذا باع شيئاً من الطعام كله - أي طعام كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه - بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده طعاماً لا

---

(١) في المعاوضة : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : إذا أسلف .

(٣) ما بين قوسين سقطت من (م) .

(٤) انظر : المدونة : ٣/ ١٣٥ - ١٣٦ ، التفريع : ٢/ ١٣٥ - ١٣٦ ، الكافي ٣٣٨ - ٣٣٩ .

من جنسه ولا من غير جنسه إلا أن يكون من جنس ما باعه [1] بعينه بمثل مكيلته وعلى صفته فيجوز [2] .

وإنما قلنا ذلك لأنه يكون ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام متأخراً وتسمية الثمن لغواً ، وإذا كان من نوع طعامه في الكيل والجودة والصفة جاز لأن الأمر لا يحمل [3] على طعام بطعام متأخراً [4] قصداً للنساء إذ لا فائدة فيه فيتهمان أنهما قصدانها ، وإنما يُنَزَّل على القرض أو الإقالة .

فصل [٢٢ - السلم في طعام قرية بعينها أو حائط بعينه] :

السلم في الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط [5] بعينه على ضربين [6] : إن كان مما يخلف ولا يؤمن تلفه فلا يجوز لأن ذلك غرر ، وكالسلم في العين وذلك غير جائز ، فإن كان مما لا يخلف في العادة ولا بد أن يسلم أو أكثره ، وإن جاز تلف بعضه فلا بأس مثل أن يسلم في عشرة أكرار تمر برني من أعمال البصرة فيجوز لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع [7] المسلم فيه ، كما لو قال : أسلفتك في عشرة أكرار حنطة بصفة كذا من حنطة الشام أو المشرق لجاز للعادة الجارية لأن [8] الأقليم الذي أضافه إليه لا يختلف .

---

(١) في (م) : إلا أن يكون من غير حسن .

(٢) انظر : المدونة : ٣/١٣٥ - ١٣٦ ، التفريع : ٢/١٣٥ - ١٣٦ ، الرسالة ٢٠٦ - ٢١٧ ، الكافي ٣٣٩ - ٣٤٠ .

(٣) في (ق) : لا يحصل .

(٤) متأخراً : سقطت من (ق) .

(٥) في (م) : قداح .

(٦) انظر : المدونة : ٣/١١٩ - ١٢١ ، التفريع : ٢/١٣٨ ، الكافي ٣٣٨ .

(٧) في (م) : العين .

(٨) في (ق) : فإن .

فصـل [٢٣ - التفاضل في المبيعات] :

والتفاضل في المبيعات كلها [١] على ضربين : منها ما يحرم نقداً أو نساء وهو الفوت وما في معناه والأثمان فقط ، ومنه ما يحرم نساء ولا يحرم نقداً [٢] ، وعلة ذلك عندنا الجنس بمجرده فلا يجوز في شيء من الأشياء اثنان بواحد من نوعه إلى أجل على وجه والجنسية المعتبرة في ذلك [٣] : اتفاق الأغراض والمنافع واختلافهما [٤] ، فمتى اتفقت لم يجز بيع اثنين بواحد من النوع الذي اتفقت فيه إلى أجل على وجه وما اختلفت جاز ، وإن كان جنس الخلقة والنسبة يجمعهما كالغنم التي جنسها واحد وبعضها يراد للحم وبعضها يراد للبن ، فإن كان الغرض فيهما واحداً لم يجز التفاضل مع النساء ، وكذلك العبيد يجوز العبد الرومي الذي يراد للحرث والزراعة بالعبدين من جنسه يرادان لغير ما يراد له من المنافع ومثله البازل [٥] من الإبل الذي يراد [٦] للحمولة والراحلة باثنتين من القلاص المرادة للحم ، وكذلك سائر الحيوان والعروض .

وقال أبو حنيفة : الجنس بمجرده علة منع بيع بعضه ببعض نساء [٧] .

وقال الشافعي : كل ما لا ربا في نقده جائز بيع بعضه ببعض نساء جنساً كان أو جنسين [٨] .

---

(١) كلها : سقطت من (ق) .

(٢) انظر : المدونة : ٣/١٧١ - ١٨١ ، التفريع : ٢/١٢٥ - ١٢٩ ، الرسالة ص ٢١١ - ٢١٥ ، الكافي ٣١٠ - ٣١١ .

(٣) في ذلك : سقطت من (ق) .

(٤) واختلافهما : سقطت من (م) .

(٥) البازل : هو البعير فطر نابه بدخوله في السنة التاسعة ويستوي فيه الذكر والأنثى (المصباح المنير ص ٤٨) .

(٦) يراد : سقطت من (م) .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٥ - ٧٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٣٧ - ٣٨ .

(٨) انظر : الأم : ٣/١٤ ، ١٧ ، مختصر المزني ص ٧٦ - ٧٧، الإقناع ص ٩٤ -٩٥

فالخلاف مع أبي حنيفة في جواز بيع الواحد من جنسه ونوعه إلى أجل ، فدليلنا على جوازه قوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ [(١)] ، وحديث عبد الله ابن عمر أنه : « صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة » [(٢)] ، وروي ذلك عن عليّ [(٣)] ، وابن عمر [(٤)] ، ولا مخالف لهما ، ولأن كل عينين لا يحرم التفاضل في نقد [(٥)] أحدهما وهما على ضروب [(٦)] من اختلاف الصفات تختلف معها منافعها وتتباين [(٧)] الأغراض فيهما ، فإن أسلم أحدهما في الأخرى جاز أصله الجنسان لأن الثور الذي يصلح للحرث والدراس يراد لقوته وعمله وذلك غير الغرض الذي يراد له الثور المعلوف الذي لا يراد إلا للسمانة واللحم وذلك بيِّن فيما قلناه .

فصل [٢٤ - منع الذرائع المؤدية إلى الربا] :

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [(٨)] والربا الزيادة ، ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة [(٩)] ، وهذه المسألة [(١٠)] من الذرائع وهي ممنوعة عندنا ومعناها أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٢) سبق تخريج الحديث ٩٨٦ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٦٥٢ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٦٥٢ .

(٥) نقد : سقطت من (م) .

(٦) في (م) : ضرب .

(٧) في (م) : سائر .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٩) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : في الحيوان بالحيوان نسيئة : ٣/٦٥٢ ، والنسائي في البيوع ، باب : الحيوان بالحيوان نسيئة : ٧/٢٩٢ ، وابن ماجه في التجارات، باب : الحيوان نسيئه : ٢/٧٦٣ ، والترمذي في البيوع ، باب : كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئه ، وقال : حسن صحيح : ٣/٥٣٨ .

(١٠) في (ق) : المسلمة .

التهمة في التطرق به والتذرع إلي الأمر المحظور ، وقد وافقونا في ذلك على مسائل منها قرض الجواري وغيرها ، ووجه الذريعة في هذا الموضع (١) أنه يكون قرضاً يجر نفعاً كأن أحد الرجلين يقول للآخر : أقرضني فرساً أو ثوباً من صفته كذا وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر فيقول : إن هذا قرضاً يجر نفعاً وذلك ممنوع ولكن أبيعك ثوباً (٢) بثوبين فيحصل من ذلك استعمال القرض في الباطن بلفظ البيع فمتى أجزناه حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه .

* * *

(١) في (ق) : الممنوع .
(٢) في (ق) : ثوبان .

باب : [في القرض]

القرض [1] جائز [2] لأنه فيه خير وبر ولأنه صلى الله عليه اقترض [3] وندب إلى القرض وقال : « كل معروف صدقة » [4] .

فصل [١ - فيما يجوز قرضه] :

ويجوز إقراض الذهب والورق والعروض والحيوان كله سوى الإماء ، وإنما قلنا ذلك لأن القرض لا يؤدي إلى محظور في هذه الأشياء ، فجاز فعله وأجزناه في سائر الحيوان خلافاً لأبي حنيفة [5] لأنه [6] صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً فقضى رباعياً [7] ، ومنعناه في الإماء خلافاً لداود [8] وغيره ، لأنه ذريعة استباحة فرج بغير نكاح ولا ملك فكان في معنى العارية لأن المقترض يطأ الأَمَة ثم يردها فيلزم المالك قبولها ويصير مبيحاً لوطئها ، ولأنها منفعة لا تستباح بالعارية فلم تستبح بالقرض كوطء الزوجات .

---

(١) القرض لغة : السلف ، واصطلاحاً : دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً (انظر غرر المقالة ص ٢١٢ ، حدود ابن عرفة ص ٢٩٧) .

(٢) انظر : المدونة : ٣/ ١٣٠ ، التفريع : ٢/ ١٣٨ - ١٤٠ ، الرسالة ص ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

(٣) فعن أبي رافع : « أنه صلى الله عليه وسلم استلف من رجل بكراً . . . » أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه (٣/ ١٢٢٤) .

(٤) أخرجه الحاكم : ٢/ ٥٠ ، وقال : حديث صحيح الإسناد .

(٥) انظر : مختصر الطحاوى ص ٨٤ .

(٦) في (ق) : لقوله .

(٧) سبق ذكر الحديث وتخريجه قريباً .

(٨) انظر : المحلي : ٨/ ٦٤٢ ، ٤٧١ .

فصـل [٢ - فيمن اقترض أَمَة] :

وإذا ثبت ذلك فإن اقترض أمة ردها ما لم يطأها اعتباراً بسائر ما يقترض لأن قبول رده حق للمستقرض فيلزم المقرض قبوله ، فإن وطئها لم يجز له ردها لأنه متى ردها حصل منه إباحة فرج بغير نكاح ولا ملك ولزمته قيمتها لربها لأنه وطء بشبهة أسقطت عنه الحد فوجب تقويمها عليه لتتكامل الشبهة في ردء الحد عنه [(١)] اعتباراً بوطء بينه وبين غيره .

فصـل [٣ - القرض يجر نفعاً] :

القرض الجار للنفع حرام [(٢)] لنهيه صلي الله عليه وسلم عنه [(٣)] ، فإن تطوع المقترض من غير شرط ولا عادة بزيادة في صفة أو عدد جاز لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكراً فقضى رباعياً وقال : « خياركم أحسنكم قضاء » [(٤)] ، وروي أن ابن عمر اقترض من رجل دراهم فرد عليه خيراً منها فامتنع من أخذها وقال : هذه خير من دراهمي ، قال ابن عمر : فإن نفسي طيبة بها [(٥)] .

فصـل [٤ - السفاتج بالدنانير والدراهم] :

وأما السفاتج [(٦)] فمنعها مالك وأجازه غيره [(٧)] فينظر : فإن كان ذلك لنفع

---

(١) في (ق) : عنها .

(٢) انظر : المدونة : ٣/ ١٣٠ ، التفريع : ٢/١٣٨ ، الرسالة ص ٢١٣ ، الكافي ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

(٣) أخرجه الحارث بن أبي أسامة وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك ، وأخرجه البيهقي مرفوعاً (انظر تلخيص الحبير : ٣/٤٣ ، ونصب الراية : ٤/ ٦٠) .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) في قصة غريبة له انظر عبد الرازق : ١٤٧/٨ .

(٦) السفاتج : جمع السفتجة - بفتح السين وضمها - وهي : كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضاً يأمن به من خطر الطريق (المصباح المنير ص ٢٧٨) .

(٧) انظر : المدونة : ٣/ ١٣٠ ، التفريع : ٢/١٣٦ ، الكافي ص ٣٥٩ .

الآخذ فلا بأس مثل أن يقرض رجل رجلاً دنانير ببغداد والمقترض بلده البصرة فيقول المُعطي : أنا أقرضك هذه الدراهم هاهنا ببغداد وتدفعها إلى وكيلي بالبصرة أو أجيء أنا البصرة فآخذها منك حتى لا تحتاج إلى تكلف السفر بها ، فهذا جائز لأنه جميل ولا نفع للمعطي ، فإن كان النفع فيه للمعطي مثل أن تكون عليه دراهم بالبصرة ويريد أن ينقدها إلى هناك دراهم فيخاف غرر الطريق فيقرضها لمن يدفعها[1] إلى غريمه بالبصرة فيربح هو نفقة الطريق والغرر ، فلا يجوز لأنه قرض يجر نفعاً ومن أجازها علله بأنه ليس لها حمل ولا مؤنة .

فصـل [٥ - في موضع قضاء القرض] :

إذا لم يشترط بالقضاء موضعاً لزم المقترض القضاء في الموضع الذي أقرض فيه لأن غيره من المواضع تكليف للمقترض ومؤونه وخسران والتزام وغرر ، وكذلك للمقترض [2] إن كان القرض نفعاً [المقترض] [*] ، وذلك غير جائز فإن لقيه في موضع آخر فأخذه به لم يلزمه ذلك ولكن يخرج معه إلى الموضع الذي اقترض منه فيه أو يوكل من يقضيه في ذلك الموضع ، فإن اتفقا على القضاء في بلد آخر ، فإن كان بعد محل الأجل جاز لأن ذلك رفق من الباذل والقابل ، وإن كان قبله لم يجز لأنه في مقابلة التعجيل [3] .

فصـل [٦ - في مطالبته بالقرض قبل الأجل] :

وإذا أقرضه إلى أجل لم يكن له مطالبته قبل [4] الأجل [5] خلافاً للشافعي [6]

---

(١) في (ق) : من يدفعها .

(٢) في (م) : المقترض .

(٣) انظر : المدونة : ٣/ ١٣٠ ، التفريع : ٢/ ١٣٩ ، الرسالة ص ٢١٣ ، الكافي ص ٣٥٩ .

(٤) في (م) : قبله .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ١٣٦ - ١٤٠ ، الرسالة ص ٢١٣ - ٢١٤ ، الكافي ص ٣٥٨.

(٦) انظر : مختصر المزني ص ٩٠ - ٩١ ، المهذب : ١/ ٣٠٣ .

(*) كذا ولعل الصواب [للمقترض] مصححه

لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل معروف صدقة » [1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الراجع في هبته كالراجع في قيئه » [2] ، ولأن الأجل قد صار حقاً للمقترض فأشبه الأجل في السلم .

* * *

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٩٨) .

(٢) أخرجه البخاري في الهبة ، باب : هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها : ٣/ ١٣٤ ، ومسلم في الهبات ، باب : تحريم الرجوع في الصدقة والهبة : ٣/ ١٢٤١ .

باب : [في بيع السلم قبل قبضه]

وإذا أسلم في عرض ثمناً معلوماً ثم أراد بيعه من المسلم إليه قبل قبضه ، فإن باعه بمثل ثمنه أو أقل منه جاز وإن كان بأكثر لم يجز [(١)] .

وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة في أن بيعه بمثل الثمن أو أقل منه لأنه يزن [(٢)] درهماً ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان ، وإذا باعه بالزيادة أتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذي سمياه لغواً لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا [(٣)] .

فصل [١ - جواز بيع السلعة من غير بائعها بمثل أو أقل أو أكثر] :

ويجوز أن يبيعها من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر يداً بيد لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه ، ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لئلا يكون ديناً بدين .

فصل [٢ - فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد شراءها من الذي باعها إياه] :

إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد أن يشتريها من الذي باعها إياه فلا يخلو أن يشتريها نقداً أو إلى أجلها أو إلى أجل [(٤)] أبعد من أجلها ، ثم لا يخلو أن يشتريها بمثل ثمنها أو بأقل أو بأكثر ، فهذه سبعة أقسام : يمنع منها قسمان فقط ويجوز باقيها والذي يحفظ منه أن يؤول أمره إلى أن يزن درهماً ويأخذ بعد مدة

---

(١) انظر : المدونة : ٣/١٣٥ - ١٣٦ ، التفريع : ٢/١٣٦ ، الرسالة ص ٢١٢ ، ٣٤٠ .

(٢) في (ق) : عون .

(٣) في (م) : الزيادة .

(٤) أجل : سقطت من (م) .

أكثر منه ، فهذا القدر هو الممنوع وهو أن يبيعها بمائة إلى شهر فيبتاعها نقداً أو إلى دون الشهر بثمانين [١] أو إلى شهرين بمائة وعشرين ، ففي هذين الموضعين يمنع لأنه إذا ابتاعها نقداً بثمانين حصل منه أنه وزن ثمانين وأخذ بعد مدة مائة وتسمية الثمن والبيع لغواً ، وكذلك إذا ابتاعها إلى شهرين بمائة وعشرين حصل منه أنه يأخذ من المشتري بمائة ويعطيه بعد مدة مائة وعشرين وذلك ذريعة إلى الربا فيجب منعه [٢] ، خلافاً للشافعي في قوله أنه جائز [٣] ، وذلك لو جاز لأبيح التذرع إلى الربا والعينة ، وهي أن يقول الرجل للرجل : ابتع لي هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك ديناراً ، فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة بأحد عشر من غير حاجة البائع إلى السلعة ، وإنما تذرع بها إلى قرض الذهب بأكثر منها، وإذا وجدنا فعلاً من الأفعال يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصل أغراضهم وجب حسم الباب وقطع التطرق إليه ، فهذا وجه بنائها على الذريعة ، ولأن الصحابة سلكوا هذه الطريقة في منع البيع في هذه المسألة : لأن ابن عباس سئل عن رجل باع سلعة بمائة ثم اشتراها بخمسين ، فقال : الدراهم بالدراهم متفاضلة ، والسلعة دخلت بينهما [٤] ، وهذا نص قولنا ، ونكتة المسألة حديث زيد بن أرقم[٥] : أن أم ولده باعته جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترتها بعد ذلك بست مائة فقالت لها عائشة رضي الله عنها : بئس ما اشتريت [٦] وبئس

---

(١) في (ق) : بمائتين .

(٢) انظر : المدونة : ٣/١٣٥ - ١٩٣ ، التفريع : ٢/١٦٣ ، الرسالة ص ٢١٧ ، الكافي ص ٣٢٤ .

(٣) انظر : الأم : ٣/٧٨ - ٨٠ ، مختصر المزني ص ٨٥ .

(٤) المحلي : ٩/١٠٦ ، عبد الرزاق : ٨/١٨٧ .

(٥) زيد بن أرقم : بن زيد بن قيس الأنصاري الخزرجي ، صحابي مشهور ، أول مشاهده الخندق ، وأنزل الله تصديقه في سورة المنافقين ، مات سنة ثمان وستين (تقريب التهذيب ص ٢٢٢) .

(٦) في (ق) : ما شريت .

ما اشتريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب فقالت : فما أصنع ؟ قالت عائشة رضي الله عنها : قال الله تعالى : ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ﴾ [1] ، واشتهرت هذه القصة والإنكار من الصحابة [2] ولم يختلف عليها [3] أحد فيه ، وإذا ثبت منع ذلك فقد ذكرنا أن هذه [4] الأقسام سوى هذين القسمين لا تمنع فيها ، أما شراؤه إياها بمثل الثمن ولا تهمة فيه سواء كان نقداً أو إلى أجل أو إلى ما بعده لأنه وزن درهماً وأخذ مثله أو أخذ درهماً ورد مثله ، وكذلك شراؤها إلى الأجل بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر لأنه لا تهمة فيه (ولأنه لم يزن درهماً ويلقى بعد مرة أكثر منه فيتهم والنقد لا تهمة فيه) [5] ، وإنما التهمة في التأخير أن يكون ينتفع بالقليل الذي لم يأخذه طول المدة ثم يزن بعد المدة أكثر منه ، فأما في الحال فلها تهمة فيه ، وشراؤها نقداً بأكثر من الثمن أو إلى أجل بعد الأجل بأقل منه لا تهمة فيه، لأنه يزن درهماً ويأخذ بعد مدة أقل منه أو يأخذ درهماً ويرد بعد مدة أقل منه والله أعلم [6] .

فصــل [٣ - في العينة] :

والعينة ممنوعة [7] لأنها ذريعة إلى الربا وقرض دراهم بأكثر منها وصفتها : أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له : اشترها لي من مالك بعشرة دنانير نقداً وهي لي باثنى عشر إلى شهر كذا فهذا ذريعة إلى الربا على ما ذكرناه.

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٢) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٣٠ ، وعبد الرزاق : ٨/ ١٨٤ .

(٣) في (م) : ولم يخالف عليها أحد .

(٤) في (م) : سائر .

(٥) ما بين قوسين : سقط من (ق) .

(٦) والله أعلم : سقطت من (م) .

(٧) انظر : المدونة : ٣/١٩٣ ، التفريع : ٢/١٦٣ ، الرسالة ص ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ص ٣٢٥ .

باب : [في بيع الثمار]

بيع الثمار يقع على وجهين : أحدهما قبل بدء الصلاح فيها ، والآخر بعده ، فأما قبله فلا يخلو أن يقع على أحد ثلاثة أوجه : إما أن يقع بشرط [1] القطع أو بشرط التبقية أو مطلقاً ، فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف [2] لانتفاء الغرر فيها ، ولأنه باع شيئاً قبل قبض المشتري عقيب العقد من غير مراعاة لأمر يخافه مع التبقية .

فصل [١ - في بيع الثمار بشرط التبقية] :

وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف [3] ، والأصل فيه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها نهي البائع والمشتري [4] ، وروي أنه صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الثمار حتى تزهى ، قيل : وما تزهى: حتى تحمر أو تصفر » [5] ، وقال : « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه » [6] ، ولأن الغرر يكثر فيها والانتفاع يقل بها ، والآفات والعاهات لا تؤمن عليها في تبقيتها ، وهذه فائدة قوله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت إن منع

---

(١) في (م) : على شرط .

(٢) ، (٣) انظر : بداية المجتهد : ٢٥٣/٧ ، المغني : ٩٢/٣ - ٩٤ ، فتح الباري : ٢٦٧/٤ - ٣١٣ ، نيل الأوطار : ١٧٤/٥ .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها : ٤٣/٣ ، ومسلم في البيوع ، باب : النهي عن بيع الثمار قبل بدء صلاحها : ١١٦٥/٣ .

(٥) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : إذا باع الثمار قبل أن يبدوا صلاحها : ٣٤/٣، ومسلم في البيوع ، باب : النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها : ١١٦٥/٣ .

(٦) هو جزء من الحديث السابق .

الله الثمرة فبم [1] يأخذ أحدكم مال أخيه » [2] ، فإذا تتابع طيبها أمنت [3] الآفات عليها في الغالب وقل الغرر فيها ، فجاز بيعها .

فصـل [٢ - في بيع الثمرة مطلقاً] :

وأما بيعها مطلقاً فغير جائز [4] خلافاً لأبي حنيفة [5] ، « لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدوا صلاحها » [6] فعم ، وروي : « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يَسْوَدَّ والحب حتى يَشْتَدّ » [7] ، والنهي يدل على فساد المنهى عنه ، وتعليق الحكم بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها ، ولأنه عقد على ثمرة مقدرة قبل بدو الصلاح [8] ، من غير شرط القطع فلم يصح أصله إذا كان يشترط التبقية .

فصـل [٣ - بيع الثمرة بعد بدو صلاحها] :

فأما بيعها بعد بدو الصلاح فإنه أيضاً لا بد وأن يقطع على أحد الثلاثة [الأوجه] (*) : فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف ، لأنه إذا جاز ذلك قبل بدو الصلاح فبعده أولى ، وإن بيعت بشرط التبقية جاز [9] أيضاً خلافا لأبي

---

(١) في (م) : فبماذا .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) في (ق) : أومنت .

(٤) انظر : الموطأ : ٢/٦١٨ - ٦١٩ ، التفريع : ٢/١٤١ - ١٤٣، الرسالة ص ٢١٤، الكافي ص ٣٣٢ - ٣٣٣ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ - ٧٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/١٠ - ١١ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) أخرجه مسلم في البيوع ، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها : ٣/١١٦٦

(٨) في (م) : صلاحها .

(٩) في (م) : فجائز .

(*) كذا بالأصل ولعل الصواب (أوجه) .

حنيفة [١] ، لقوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [٢] ، ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل [٣] أن يبدو صلاحها فأطلق ، ولأن الإطلاق جائز باتفاق وهو مقتضي للتبقية فاشتراطها تأكيد لمقتضى الإطلاق .

فصـل [٤ - في بيع الثمرة بعد بدو صلاحها على الإطلاق] :

فإن بيعت على الإطلاق فجاز أيضاً من غير خلاف ، والإطلاق يقتضي التبقية ولذلك منعناه قبل بدو صلاحها خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه يقتضي القطع ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه » [٤] ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء ، وذلك إنما يخاف [٥] على ثمرة تبقى ويستدام تبقيتها ويؤمن فيما يشترط فيه القطع ، ولأن الإطلاق في العقود [٦] محمول على العرف فيكون كالمشترط بدليل وجود ذلك في النقد والسير والحمولة وغيرها وفي نقل ما ينقل من المبيعات والعرف في الثمار إذا بيعت تبقيتها إلى وقت الجداد والإدراك فوجب حمل الإطلاق على ذلك .

فصـل [٥ - في وصف بدء الصلاح في الثمار] :

بدو الصلاح في الثمار يختلف بحسب اختلاف الغراس ، ففي النخل بأن يحمَرَّ أو يصفر البسر وفي العنب أن يسود إن كان مما يسود أو تدور الحلاوة فيه إن كان أبيضاً ، والتين والبطيخ وغيرهما إدراكه وبلوغ أكله ، والبقول تمام نباتها وأن ينتفع بها إذا قطعت في العادة ، وقد وردت السنة بأن بدو الصلاح في الثمار

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ - ٧٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ١٠ - ١١ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٤ .

(٣) في (م) : حتى .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) في (ق) : يخلف .

(٦) في (ق) : في المعهود .

الزهو وهو في النخل أن يصفر أو يحمر [1] وفي العنب حتى يسود [2] ، وروي: « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم » [3] .

فصـل [٦ - إذا بدى الصلاح في نخلة من بستان] :

إذا بدا الصلاح في نخله من بستان جاز بيع جميع نخل ذلك البستان ، وكذلك إذا بدا في نوع من الثمار كان ذلك كبدوه في جميع ذلك النوع ، وهذا إذا كان طيباً متتابعاً ولم يكن مبكراً والمراعى [4] فيه بلوغ الزمان الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالباً ، لأن لو لم يُجَوَّز ذلك إلا بأن يعم الصلاح الحائط لحق فيه ضرراً عظيماً [5] ومشقة شديدة ، ولا يكاد يلحق الآخر إلا بفساد الأول ، فأما الطيب المبكر فلا اعتبار به [6] لأنه لا يحصل معه الأمن من الآفة لسبقه الزمان الذي يؤمن ذلك فيه ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال : « حتى يبدو صلاحها » [7] أراد الصلاح المأمون المعتاد .

---

(١) أو يحمر : سقطت من (م) .

(٢) كما جاء في الحديث الذي سبق تخريجه في الصفحة (١٠٠٦) : « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد » .

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣/ ٦٦٧) بلفظ : « حتى تشقح » ، وأحمد : ٣/ ٣٦٠ ، والبيهقي : ٥/ ٣٠٩ ، وهو في الصحيحين بلفظ : « حتى تطيب » في البخاري في البيوع ، باب : بيع الثمر على رؤوس النخل : ٣/ ٩٩ ، وفي مسلم في البيوع ، باب : المنهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحها : ٣/ ١١٦٧.

(٤) في (م) : المراعاة .

(٥) في (ق) و(م) : ضرورة عظيمة .

(٦) انظر في هذا : الموطأ : ٢/ ٦١٩ ، التفريع : ٢/ ١٤٣ ، الرسالة ص ٢١٤ ، الكافي ص ٣٣٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٠٥) .

فصــل [٧ - جواز بيع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه] :

يجوز أن يباع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه (١) خلافاً للشافعي (٢) ، لأنه إذا جاز بيع ما في المراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه لأنه لا فضل في ذلك إلا قيام الجدران بدليل أنها لو قلعت لارتفع المنع وذلك لا يؤثر ، ولأن الزمان الذي تؤمن فيه الآفة غالباً حاصل .

فصــل [٨ - في عدم جواز بيع صنف من الثمار بطيب غيره] :

لا يجوز بيع صنف من الثمار بطيب غيره كالرطب والعنب (٣) لأنها متفاوتة في الإدراك والتلاحق تفاوتاً (٤) شديداً ، فلم يكن طيب بعضها دالاً على تلاحق(٥) غيره وتخلصه (٦) من الآفة .

فصــل [٩ - في بيع المقاثي والمباطخ] :

يجوز بيع المقاثي والمباطخ (٧) إذا بدا صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده ، وكذلك الأصول المغيَّبة فى الأرض كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك (٨) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٩) ، لقوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (١٠) ، ولأن الغرر إذا دعت الحاجة إليه وكان قليلاً جاز البيع معه ولو

---

(١) انظر : التفريع : ١٤٣/٢ ، الرسالة ص ٢١٤ ، الكافي ص ٣٣٢ .

(٢) انظر : الأم : ٤٨/٣ - ٥٠ ، مختصر المزني ص ٨٠ .

(٣) انظر : التفريع : ١٤٣/٢ ، الكافي ص ٣٣٣ .

(٤) في (ق) : تهاوتاً .

(٥) في (م) : تخلص .

(٦) وتخلصه : سقطت من (م) .

(٧) المقاثي : يشمل البطيخ والخيار والقثاء والقرع والباذنجان ونحوه والمباطخ ، وهو ما لا يمكن أكله إلا بالطبخ .

(٨) انظر : التفريع : ١٤٣/٢ ، الكافي ص ٣٣٣ .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ ، مختصر المزني ص ٨٠ .

(١٠) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

لم يجز في مسألتنا البيع لجملة المقثات والمبطخة حتى يظهر [١] إلى أحد أمرين : إما أن تفرد [٢] الموجود بالبيع [٣] ، وهو إنما يؤخذ أولاً فأول ، وذلك يؤدي إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر ، لأن خروجه متتابع فليس يؤخذ [٤] الأول إلا وقد خرج بدله ويشق التميز بين الثمرين أو أن لا يباع إلا بعد ظهور جميعه ، وفي ذلك إضاعته وإفساده ، فدعت الحاجة إليه مع قلة الغرر فيه ، ولأن قد اتفقنا على جواز بيع ما لم يبد صلاحه [٥] من الثمار تبعاً لما قد بدا صلاحه ، وكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تابعاً لما قد خلق .

فصل [١٠ - في بيع الورد والياسمين والموز والقرظ والقصب والكتان] :

والورد والياسمين جائز بيعه إذا حان قطافه والانتفاع به ويكون ما بعد ذلك للمشتري إلى آخر إبَّانه كما ذكرنا في المقاثي والمباطخ ، وأما الموز فلا بد فيه من ضرب أجل لأنه يبقى سنين عدة فيحتاج إلى ضرب أجل ليعلم مقدار المبيع منه وكذلك القرظ [٦] والقصب لا يجوز بيعه حتى يفنى ، لأن مدة بقائه مجهولة ، ويجوز بيعه عدة جزات ، ولا يجوز أن يشترى الكتان ويستثنى حبته ولا القرظ ويستثنى برسيمه إذا كان ذلك قبل جفاف الحب واستغنائه عن الماء ، لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية ، ويجوز ذلك إذا كان قد استغنى عن الماء ويبس [٧] ، ولأنه موجود مشاهدة [٨] .

---

(١) أي : يظهر نباته على الأرض .

(٢) في (م) : يعود .

(٣) بالبيع : سقطت من (ق) .

(٤) في (م) : يوجد .

(٥) في (ق) : صلاحها .

(٦) القرظ : هو حب معروف يخرج في غلف كالعدس من شجر العضاه (انظر المصباح المنير ص ٤٩٩) .

(٧) في (م) : يتبين .

(٨) في جملة هذه الأحكام انظر : التفريع : ٢/١٤٤ - ١٤٥ ، الكافي ص ٣٣٣ .

فصـل [١١ - في بيع الحنطة في سنبلها] :

بيع الحنطة في سنبلها مفردة [١] عن السنبل غير جائز بالإجماع ، وأما بيع السنبل [٢] إذا يبس واستغنى عن الماء فجائز [٣] خلافاً للشافعي [٤] لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنبل حتى يبيض [٥] ، (وروي : « عن بيع الزرع حتى تبيض » [٦]) [٧] ، ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة هي كالباقلاء في قشرته السفلى .

فصـل [١٢ - في بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره] :

يجوز بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى وبه [٨] ، قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يجوز [٩] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [١٠] ، ولأنه مأكول في أكمام من أصل الخلقة فجاز بيعة كالرمان والموز ، ولأن الضرورة تؤدي إلى ذلك لأن بالناس حاجة إلى بيعه رطباً لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف ثمرته وفي نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع .

فصـل [١٣ - بيع الأصول مع ثمرها مؤبرة وغير مؤبرة] :

وإذا ابتاع أصل نخل وفيها ثمر ، فإن كان قد أبر [١١] فهو للبائع إلا أن

---

(١) في (ق) : المنفردة .
(٢) وأما بيع السنبل : سقطت من (ق) .
(٣) انظر : التفريع : ٢/١٤٤ - ١٤٥ ، الكافي ص ٣٣٣ .
(٤) انظر : الأم : ٣/ ٤٠ - ٤١ ، مختصر المزني ص ٨٠ ، الإقناع ص ٩٢ .
(٥) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع : ٣/ ١١٦٥ - ١١٦٦ .
(٦) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر .
(٧) ما بين قوسين سقط من (م) .
(٨) في (ق) : وتبدأ .
(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ ، مختصر المزني ص ٨٠ .
(١٠) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .
(١١) التأبير : هو التلقيح أبرت النخل يعني لقحت (غرر المقالة ص ٢١٧) .

يشترطه المبتاع ، وإن كان لم يؤبر فهو للمبتاع من غير شرط وإن استثناه البائع لم يجز [1] ، وقال الشافعي : يجوز [2] ، وقال أبو حنيفة : والثمرة في الحالين للبائع قبل الإبار وبعده ولا يكون للمبتاع إلا بشرط ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « ومن ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » [3] فشرط في كونه للبائع أن يؤبر ، فدل على أنها قبل التأبير ليست له ، ولأنه كامن في أصل الخلقة فوجب أن يتبعه [4] في البيع (بمقتضى العقد كالحمل في البطن واللبن في الضرع) [5] ، وإنما قلنا : أن البائع إن استثناها لم يجز لأنها قبل الأبار كامنة غير ظاهرة ، فهي كالجنين في بطن أمِّه واستثناء الجنين إذا بيعت الأم غير جائز .

فصـل [١٤ - إذا أبر بعض الأرض وبعضها لم يؤبر] :

إذا أبر بعضها ولم يؤبر البعض ، فإن كانا متساويين كان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ، وإن كان أحدهما أكثر مَن الآخر ففيهما روايتان [6] :

إحداهما : أن الأقل تبع للأكثر ، والأخرى : أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري .

فوجه الأولى : أن الأصول موضوعة على الغالب على أن القليل تابع للكثير فوجب حمل هذا الموضع عليها [7] ، ووجه الثانية عموم الخبر واعتباراً بالعراجين .

---

(١) انظر : التفريع : ١٤٦/٢ ، الرسالة ص ٢١٤ ، الكافي ص ٣٣٥ .

(٢) انظر : الأم : ٤١/٣ ، مختصر المزني ص ٨٠ ، الإقناع ص ٩٢ .

(٣) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : قبض من باع نخلاً قد أبرت : ٣٥/٣ ، ومسلم في البيوع ، باب : من باع نخلاً عليها تمر : ١٧٣/٣ .

(٤) في (م) : يبيعه .

(٥) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٦) انظر : التفريع : ١٤٦/٢ ، الرسالة ص ٢١٧ ، الكافي ص ٣٣٥ .

(٧) في (ق) : على هذا .

وإنما قلنا : إنهما إذا كانا متساويين لم يتبع أحدهما [١] الآخر لأنه ليس لأحدهما مزية على الآخر بكثرة فيتبعه .

فصل [١٥ - علامة التأبير في الأشجار غير النخل] :

ما عدا النخل من سائر الأشجار فعلامة التأبير فيها أن تورد الشجر ثم ينعقد الورد ثمراً ، فيثبت البعض ويسقط البعض مما لم ينعقد فيها [٢] ، فيكون ذلك كالإبار في النخل .

فصل [١٦ - إذا اشترى أرضاً وفيها زرع صغير ولم يبد صلاحه] :

إذا اشترى أرضاً وفيها زرع صغير لم يظهر ولم يبد صلاحه ولم يذكره في عقده ففيها روايتان : إحداهما أنه للبائع ، والأخرى أنه للمبتاع ، فإذا قيل : للمبتاع [٣] فاعتباراً بالثمرة ، وإذا قيل : إنه للبائع فلأنه عين وضعت في الأرض على غير التأبيد بل على النقل والاسترجاع كالمال المدفون [٤] في الأرض .

مسألة [١٧ - بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافاً] :

يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافاً [٥] لأنها مشاهدة وتسرى وتحرز ولا يجوز بيعها [٦] بالخرص لأنه غرر لا حاجة تدعو إليه واعتباراً ببيع الصبرة ، ويجوز بيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها وربعها للضرورة إلى بيعها في رؤوس النخل على ما هي عليه ، ولأن المبيع معلوم والمستثنى المبقى على الملك معلوم ، ويجوز أن يستثنى منها جزءاً معلوماً ، كما يجوز أن يبتدأ في بيع ذلك

---

(١) في (ق) : إحداهما .

(٢) وفيها : سقط من (م) .

(٣) فإذا قيل للمبتاع : سقطت من (م) .

(٤) في (ق) : المرهون .

(٥) انظر : التفريع : ١٤٧/٢ ، الرسالة ص ٢١٦ ، الكافي ص ٣٢٦ .

(٦) في (م) : ولا يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر .

الجزء المبقى باسمه من غير استثناء إذا لعوض معلوم ، ولو [1] قال : بعتك هذه الثمرة إلا ربعها فهو كقولك [2] : بعتك ثلاث أرباع الثمرة [3] فيصح [4] ، ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير إلا قبح اللفظ ، وذلك غير مؤثر ، وأما استثناء الكيل فيجوز عندنا مما بينه وبين الثلث فقط ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [5] في منعهما ذلك في الكيل [6] في القليل والكثير ، فإن ذلك عمل متصل بالمدينة [7] مستفيض بين الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حوائطهم ، ولأنه استثناء قدر معلوم ، فصح البيع معه أصله استثناء الجزء ولا تدخل عليه الزيادة على الثلث لأن التعليل لإلحاق أحد النوعين بالآخر .

فصـل [١٨ - في تعليل الفصل بين ما زاد على ثلث الكيل وبين ما قصر عنه]:

وإنما فصلنا بين ما زاد على الثلث ، وبين ما قصر منه لأن ما قصر عنه في حيز القليل فلا يُبطل غرض المشتري ، ولأنه لا يؤدي إلى الجهل بالمبيع ومقداره .

فصـل [١٩ - إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه] :

إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه ، فذلك على وجهين : أحدهما أن يعين ما استثناه ، والآخر أن لا يعينه : فإن عيَّن ما استثنى فذلك جائز لا يختلف المذهب فيه لأن البيع يتناول ما عدى تلك بالأعيان المستثناة ، وإن لم يعين وكان ذلك معلقاً على الاختيار ، فلا يخلو أن يشترط الخيار للبائع أو للمشتري ، فإن كان للبائع جاز إن كان [8] بقدر ثلث الثمرة ، مما يجوز له أن يستثيه كيلاً ،

---

(١) في (م) : وإذا .
(٢) في (م) : كقوله .
(٣) في (م) : أرباعها .
(٤) في (ق) : فلا يصح .
(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ ، مختصر المزني ص ٦٠ .
(٦) في الكيل : سقطت من (م) .
(٧) حكي عمل أهل المدينة القاضي عبد الوهاب أيضاً في كتابه الإشراف : ١/ ٢٦٥ .
(٨) في (م) : كانت .

وإن كان للمشتري فلا يجوز لأن غرض المشتري لا يحصل له ويصير المبيع مجهولاً (١) .

فصـل [٢٠ - في استثناء الجلد والسواقط في الشاة المبيعة] :

اختلفت الروايات عن مالك في استثناء الجلد والسواقط في الشاة المبيعة (٢) : فروي عنه منعه على الإطلاق ، وروي عنه : إجازته في السفر دون الحضر ، وقال المحققون من أصحابنا : إن هذا كله اختلاف أحوال وليس باختلاف قول ، والمذهب أن الأسقاط إذا كانت لها قيمة وبال يأخذ قسطاً كبيراً من الثمن فإن استثناها فهو غير جائز (٣) في سفر ولا حضر لأن استثناء الكثير تعرض الصفقة للغرر واستثناء اليسير لا يوجب ذلك ، وإذا كانت يسيرة القيمة لا خطب لها فإن استثناءها جائز لقلة الغرر ، والمنع والإباحة يتبع هذا المعنى ، وإما نص على الحضر بالمنع ، وعلى السفر بالإباحة ليجري العادة بكثرة القيمة في الحضر وقلتها ودناءتها (٤) في السفر .

فصـل [٢١ - دليل جواز الاستثناء] :

وإنما قلنا : إن استثناءها جائز في الجملة لأنه (٥) صلى الله عليه وسلم لما هاجر ومعه أبو بكر رضي الله عنهما مروا براع فاشتروا منه شاة وشرطوا له رأسها وإسقاطها (٦) ، وروي ذلك عن زيد بن ثابت (٧) وجماعة من

---

(١) انظر : التفريع : ٢/١٤٧ ، الرسالة ص ٢٢٢ ، الكافي ص ٣٣١ .

(٢) انظر : المدونة : ٣/٢٩١ - ٢٩٢ ، الكافي ص ٣٣١ .

(٣) في (ق) : جائز .

(٤) في (م) : دنى خطبها .

(٥) في (م) : لما روى .

(٦) في (م) : سواقطها ، وأخرج الحديث أبو داود في مراسيله عن عروة بن الزبير وذكر الحديث في المدونة ورواته ثقات إلا موسى بن شيبة الحضرمي ، فإنه مقبول والحديث مرسل (انظر : تخريج أحاديث المدونة : ٣/١١٣٨) .

(٧) زيد بن ثابت : بن الضحاك بن لوذان الأنصاري البخاري ، صحابي مشهور ، =

الصحابة [1] رضي الله عنهم ، ويجوز استثناء اليسير من لحمها كالأرطال اليسيرة ولا يجوز زيادة على ذلك لأنه يؤدي إلى الجهل بالمبيع كالثمرة ولا يستثنى منها فخذاً ولا يداً ، لأن ذلك يكثر الغرر فيه بخلاف السواقط .

فصـل [٢٢ - في شراء ثمر مكيل من حائط بعينه] :

يجوز أن يشتري الرجل ثمراً مكيلاً من حائط بعينه ، وقد بدا صلاحه بثمن معجل أو مؤجل معلوم [2] ، فإن فنى استيفائه ما ابتاعه منه أخذ بقيمة رأس ماله أو غيره مما يتراضيان عليه في الحال ولا يؤخراه [3] .

وإنما قلنا ذلك لأنه بيع عين وليس بسلم لأنه يتعلق بالذمة فجاز في الحائط المعين بالثمن المعجل والمؤجل .

وإنما قلنا : يأخذ بقيمة [4] رأس ماله ، لأن العين إذا تعذرت التوفية بها [5] بطل العقد فيها ولا يلزم [6] أن يدفع إليه بقيته لأن العقد لم يتناول شيئاً في الذمة .

وإنما قلنا : إن لهما أن يتراضيا على شئ يفسخه فيه ، لأن ذلك ليس ببيع الطعام قبل قبضه لأنه إذا لم يبق له ما يأخذه تبيَّنا أنه لم يملك ما لم يبق له فانفسخ العقد فيما بقي ، وقلنا : لا يؤخره لئلا يكون ديناً بدين .

* * *

= كتب الوحي ، كان من الراسخين في العلم ، مات سنة خمس أو ثمان وأربعون ، وقيل: بعد الخمسين (تقريب التهذيب ص ٢٢٢) .

(١) وروي عن عليّ بن أبي طالب وشريح الكندي (انظر عبد الرزاق : ٢٧/٨ ، المغني: ١١٦/٤) .

(٢) معلوم : سقطت من (م) .

(٣) انظر : التفريع : ١٤٨/٢ ، الكافي ص ٣٣٢ .

(٤) في (ق) : بقدر .

(٥) في (م) : فيها .

(٦) في (م) : يلزمه .

باب : [في العرية]

العرية [1] جائزة [2] وهي : أن يهب الرجل ثمرة نخله أو نخلات أو شجرة له من رجل ، ولا يجوز لمن أعريها أن يبيعها حتي يبدو صلاحها ، فإذا بدا صلاحها جاز له بيعها من كل أحد بالذهب والفضة والعروض ، ومن مُعريها خاصة بخرصها ثمراً يدفعه إليه عند الجِذاذ في خمسة أوسق فدونها ولا يجوز ذلك في زيادة عليها في حق كل واحد مما عري ، بأن كان الجميع يزيد على خمس [3] وسق بعد أن لا تزيد عرية كل واحد على ذلك .

وإنما قلنا : إن العرية هبة ثمر النخل أو الشجر لأن العرية في اللغة : الهبة ، قال أهل اللغة : العرية والمنحة والعطية بمعنى واحد ، تقول : عروّ الرجل أَعْرُوه إذا أتيته تلتمس ثمرة ، وقيل أيضاً [4] : أنها مأخوذة من تخل الإنسان عن ملكه وعُرُوُه منه كأنه عري منه ، ومنه قوله عز وجل : ﴿ فنبذناه بالعراء ﴾ [5] بالموضع الخال المنكشف [6] ، وعند أبي حنيفة أنها الهبة على ما قلناه إلا أنه قال : يجوز أن يعطيه بها ثمراً [7] لأنها لم تجب لعدم القبض ، فله أن يأخذها منه ويعطيه

---

(١) العرية : قال ابن عرفة : هي ما منح من ثمر ييبس ، وقال المازري : هي هبة الثمرة، وقال عياض : منح ثمر النخل عاماً ، وقال الباجي : هي النخلة الموهوب ثمرها (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ٢٨٧) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٢٧٢ - ٢٧٨ ، التفريع : ٢/١٤٩ - ١٥١ ، الرسالة ص ٢٢٢ ، الكافي ص ٣١٥ - ٣١٦ .

(٣) في (ق) : مائة .

(٤) أيضاً : سقطت من (م) .

(٥) سورة الصافات ، الآية : ١٤٥ .

(٦) انظر : تفسير الطبري : ٢٣/١٠١ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/٢٠٣

الثمر [1] ابتداء ، وعند الشافعي : أن العرية بيع الرطب في رؤوس النخل بثمن يتعجله [2] .

فصـل [١ - تعليل أحكام العرية] :

وإنما قلنا : إنها ليست ببيع لما قدمناه من الأدلة على أن معناها الهبة في اللغة ، وإنما قلنا : أنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها [3] ، فعم الثمرة الموهوبة [4] وغيرها ، وإنما قلنا : إنه يبيعها بما شاء من الثمن سوى الطعام بسائر الثمار المملوكة بالشراء أو بأصل الملك أو بميراث أو غير ذلك ، وإنما قلنا : أنه يجوز بيعها من معريها خاصة بالثمر لأن النبي ﷺ أرخص في العرايا بأن تباع بخرصها تمراً [5] ، وإنما جاز ذلك في المعري خاصة لأنه يريد قطع تطرق المعري [6] عليه في دخوله إلى حائطه ، فيجوز ذلك للرفق به ، وهذا لا يوجد في غيره ، وإنما قلنا : لا يجوز أن يقال : وإنما ابتداء بيع الرطب (في رؤوس النخل بالتمر لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب) [7] بالتمر ، ولأن العرية اسم للهبة على ما بيناه دون البيع .

وإنما قلنا : يأخذه عند الجذاذ لأن الحديث بذلك ورد ، ولأن القصد منها الرفق دون المغابنة والمتاجرة ، ولا يجوز تعجله لأن ذلك يبطل فائدة الرخصة فيها واستثناءها من بابها ، وإنما يكون على وجه كفاية المعري القيام بسقيها وتعهدها[8]

---

(١) في (م) : الثمن .

(٢) انظر : الأم : ٣/ ٥٣ ، ٥٦ ، مختصر المزني ص ٨١ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٠٥) .

(٤) في (م) : فعم الثمر الموهوب .

(٥) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : بيع الزبيب بالزبيب : ٣/ ٣٠ ، ومسلم في البيوع ، باب : تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا : ٣/ ١١٦٩ .

(٦) في (ق) : العرايا .

(٧) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٨) تعهدها : سقطت من (ق) .

ومؤونتها ، فإذا كان وقت الجذاذ يدفعها [1] إليه ، فيكون قد زاد في إحسانه إليه بذلك .

وإنما قصرناها على الخمسة الأوسق فدونها اتباعاً للحديث ، ولأنها لما كانت مخصوصة ومستثناة من بابها وجب أن يحد بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع لأن هذا حكم كل بعض مستثنى من جملة .

وإنما قلنا : أنه لا بأس بالزيادة على ذلك في حق الجماعة المُعْرِينَ ، لأن عرية كل واحد قائمة بنفسها لا تتعلق بعرية غيره ، فجاز في كل واحد ما جاز في الآخر .

مسألة [٢ - الجوائح في الثمار] :

إذا ابتاع [2] ثمراً فأجيحت [3] بآفة من السماء من برد أو ريح أو ثلج أو جراد أو عفن أو غير ذلك فأصيبت ثلث مكيلتها فصاعداً وضع عنه من ثمنها بقدر المحتاج منها فمصيبتها فيما دون الثلث من المشتري ، وذلك ما دامت مجتاحة إلى تبقيتها في رؤوس النخل [4] ، والأصل في وجوب وضع الجوائح - خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [5] - ما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح [6] ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابتها جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئاً فبم يأخذ مال أخيه بغير حق » [7] ، وهذا نص ، ولأن بيع الثمار على رؤوس النخل في معني الإجارة لأنها تؤخذ أولاً فأولاً كالمنافع التي تستوفي أولاً فأول ، فقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المكري

---

(١) في (م) : دفعها .

(٢) في (ق) : باع .

(٣) الجائحة : يعني الآفة (غرر المقالة ص ٢٢٢) .

(٤) انظر : التفريع : ٢/١٥١ - ١٥٢ ، الرسالة ص ٢٢٢ ، الكافي ص ٤٣٤ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٨ - ٧٩ ، مختصر المزني ص ٨٠ - ٨١ .

(٦) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : وضع الجوائح : ٣/١١٩١ .

(٧) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : وضع الجوائح : ٣/١١٩٠ .

كذلك الثمار ، ولأن التخلية بمجردها لا يكون قبضاً في الثمار بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع ، ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية ، ولأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل ، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف العطش .

فصـل [٣ - مراعاة الجائحة في ثلث الثمرة] :

وإنما راعينا ثلث الثمرة دون ما قصر عنه لأن المشتري دخل على أنه لا بد من تلف يسير بأكل العافي والمجتاز وسقوط اليسير وأكل الطير [١] ، وغير ذلك مما يعلم بضرورة العادة أن المشتري لم يدخل على سلامتها منه ، ولأنه صلى الله عليه وسلم لما أمر بوضع الجوائح ، وكانت الجائحة اسماً لما أتلف جل الشيء أو ماله خطر وبال منه دون اليسير الذي لا يطلق على [٢] المال التالف منه أنه جائحة فيه صح ما قلناه ، فإذا ثبت ذلك احتيج في الفصل بين القليل والكثير إلى [٣] حد يفصل به بينهما ، فكان الثلث أولى لأمرين : أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا حد سواه يصير إليه قائل ، والآخر أنه قد اعتبر في الفصل بين القلة والكثرة في غير موضع من الشرع منها : الوصية والمحاقلة وحمل [٤] العاقلة والحجر على المرأة في مالها لحق زوجها وغير ذلك ، فكذلك [٥] هاهنا .

فصـل [٤ - مراعاة تلف الثلث من المكيلة] :

وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة - خلافاً لأشهب - في مراعاة تلف ثلث القيمة لأن كل مصيبة في مبيع وجب بها [٦] الرجوع على البائع في الثمن فالاعتبار بقدرها من المبيع أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض ، ووجه قول أشهب

---

(١) في (م) : الطائر .

(٢) في (ق) : لا يبطل عاد .

(٣) في (م) : الذي .

(٤) في (م) : والعاقلة وحملها .

(٥) في (م) : فكان .

(٦) في (ق) : لبها .

أن وضع الجائحة لئلا يستبد البائع بالثمن من غير عوض يحصل للمشتري ، فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن ، فذلك أخذ مال المشتري بغير عوض .

فصل [٥ - اشتراط حاجتها إلى بقائها على النخل] :

وإنما اشترطنا حاجتها إلى بقائها على النخل لأن وضع الجائحة في الحال [١] التي تبقى للمبتاع فيها حق توفية على البائع ، وذلك حال حاجتها إلى بقائها على النخل ، فإذا استغنت سقط حق التوفية فلم تبق على المبتاع [٢] عهده يجب بها الرجوع .

فصل [٦ - وضع الجوائح في البقول] :

وفي البقول ثلاث روايات [٣] : إحداها أنها كالثمر ووجهها اعتبارها بالثمار ، والثانية أن يوضع قليلها وكثيرها ووجهها عموم الخبر وافتراقها عن الثمار للعادة وجريها بذهاب يسير الثمرة وانتفاعها في البقول ، والثالثة أنه لا يوضع لها شيء لأنها تخرج غير محتاجة إلى تبقية في موضعها ، والأول هو القياس والله أعلم .

* * *

---

(١) في (ق) : المال .

(٢) في (م) : البائع .

(٣) انظر : التفريع : ٢/١٥٣ ، الرسالة ص ٢٢٢ ، الكافي ص ٣٣٤ .

باب : [في منع التفاضل في بيع الذهب بالذهب]
الصـــــرف

والتفاضل ممنوع في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة على أي صفة كانا أو أحدهما [(١)] من نقار [(٢)] أو مضروب أو مصوغ [(٣)] أو مكسور أو جيِّد أو رديء، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ووزناً بوزن ، وقد دللنا على ذلك فيما تقدم .

فصـل [١ - في بيع الحلي المكسور جزافاً] :

يجوز بيع الحلي المكسور جزافاً ولا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافاً [(٤)] ، لأن أصل الجزاف غرر ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر [(٥)] ، إلا أنه في الحلي تدعو الضرورة إليه ويخف أمره ويكثر في المضروب للتشاح فيه ، ولأن السكة الخفيفة أنفق عن الناس عن الثقيلة ، فكان القصد فيه إلى الغرر .

فصـل [٢ - في عدم تأخر القبض عن عقد الصرف] :

ولا يجوز في الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة ولا في أحد الجنسين بالآخر أن يتأخر القبض عن العقد بحال ولا يقبل في ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة لقوله صلى الله عليه وسلم : « إلا ها وها يداً بيد » [(٦)] ، (وإن طال بينهما

---

(١) انظر : المدونة : ٣/٩٨ ، ١١٥ ، التفريع : ٢/١٥٣ ، الرسالة ص ٢١٧ ، الكافي ص ٣٠٧ - ٣٠٨ .

(٢) نقار : جمع نقرة وهي السبيكة أو القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (المصباح المنير ص ٦٢١) .

(٣) في (ق) : مصنوع .

(٤) انظر : المدونة : ٣/١٠٥ ، التفريع : ٢/١٥٦ - ١٥٧ ، الرسالة ص ٢١٧ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٧٩) . .

(٦) سبق تخريج الحديث في أول كتاب البيوع في الصفحة (٩٥٥) .

المجلس من غير تقابض بطل العقد [1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: أن العقد لا يبطل بترك التقابض ما لم يفترقا [2] بقوله : « ها وها يداً بيد » [3])[4] وهذا لم يوجد، ولأن القبض قد تراخا عن العقد فأشبه إذا افترقا.

فصل [٣ - في اقتضاء الذهب والورق أحدهما من الآخر] :

يجوز في الذهب والورق اقتضاء أحدهما من الآخر إذا حلا لحديث ابن عمر قال : كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ مكان الذهب الفضة ومكان الفضة الذهب ، فسألنا رسول الله ﷺ : « لا بأس إذا كان بسعر يومه » [5] ، ولأن الحالّ في حكم الحاضر ، فجاز ذلك فيه ولا يجوز قبل حلوله لأنه يكون ذهباً متأخراً .

فصل [٤ - في تطارح ما للرجل إذا كان لكل منهما ذهب حالّة] :

ولو كان لرجل على رجل ذهب حالّة وللآخر عليه مثلها جاز ، أن يتطارحاها[6] صرفاً خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [7] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » [8] ، ولأن الحال كالمقبوض فكان كالعين بالعين سواء .

---

(١) انظر : المدونة : ٣/٨٩ - ٩٠ ، التفريع : ٢/١٥٣ - ٥٥٥ ، الرسالة ص ٢١٧ ، الكافي ص ٣٠٣ - ٣٠٥ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٥ ، مختصر المزني ص ٧٧ - ٧٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٩٥٥) .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٥) أخرجه أبو داود في البيوع في اقتضاء الذهب من الورق : ٣/٦٥١ ، والنسائي في البيوع ، باب : بيع الفضة بالذهب : ٧/٢٤٨ ، وابن ماجه في التجارات ، باب : اقتضاء الذهب من الورق : ٢/٧٦ ، والترمذي في البيوع ، باب : ما جاء في الصرف : ٣/٥٤٤، وأحمد : ٢/١٣٦ ، وصححه الحاكم : ٢/٤٤ ، وقال : على شرط مسلم .

(٦) انظر : المدونة : ٣/٩٤ ، التفريع : ٢/١٥٤ .

(٧) مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٣٩ ، ٤٧ ، الأم : ٣/٣٣ - ٣٥ .

(٨) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً : ٣/١٢١١.

فصل [٥ - إذا وجد في أحد الثمنين في الصرف نقصاناً] :

وإذا وجد في أحد الثمنين نقصاناً ، فإن رضي به جاز لأن الثمن يكون بقدر ما حصل معه ، وإن طلب التمام انتقض الصرف لأن القبض يكون متأخراً عن العقد، وكذلك إن وجد زائفاً أو رديئاً ، فإن رضي به وإلا بطل الصرف ثم ينظر فإن كان (سمَّيا لكل دينار سعراً معلوماً انتقض صرف دينار واحد لأن كل دينار معقود عليه بنفسه عقداً يستغنى به عن ضم غيره إليه وإن كان) [١] سمًّى للجملة ثمناً لم تسقط التسمية على حساب كل دينار انتقض جميع الصرف لأن العقد واحد للجميع [٢] .

فصل [٦ - في تبديل السكة] :

إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلوساً أو باع بها بيعاً ثم غيرت سكتها [٣] وصار النقد غيرها فله مثل ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد لأن النقد إذا تقرر [٤] وانبرم لم يبطل بالتعامل بغيره ، ولأن أكثر ما في ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى ، وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق في التعامل به [٥] .

فصل [٧ - من اقترض ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم نسبها إلى قيمتها من الذهب] :

ومن اقترض من صيرفي أو غيره ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم ونسبها إلى قيمتها من الذهب [٦] ، فليس له عليه إلا ما قبض (لأن ذلك

---

(١) ما بين قوسين : سقط من (م) .

(٢) انظر : المدونة : ٣/ ١١٠ ، ١١٥ ، التفريع : ٢/ ١٥٥ - ١٥٦ ، الكافي ص ٣٠٤

(٣) السكة : هي ضرب النقود (المعجم الوسيط : ١/ ٤٤٠) .

(٤) في (م) : تعذر .

(٥) انظر : المدونة : ٣/ ١٠٢ ، التفريع : ٢/ ١٥٨ ، الكافي ص ٣٠٩ .

(٦) في (م) : بالذهب .

هو الذي يستحق عليه) [١] دون القيمة ، ولأنا لو طالباه بالقيمة لصار صرفاً بنسيئة.

فصــل [٨ - جواز التسامح للرفق] :

بدل الدينار الناقص بالوازن أو الدرهم الناقص بالوازن [٢] على وجه الرفق والمعروف جائز يداً بيد لأن كسر السكة غير جائز ، والمعروف يجوز فيه ما لا يجوز في غيره ، وهذا إذا لم يعرض ما يمنع منه من اختلاف الفضتين والغرض بهما وأن يخاف كون غرضهما التبايع لا المعروف .

فصــل [٩ - في عدم جواز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر ببر] :

لا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر ببر ، وعقد هذا الباب : أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين [٣] غيره ولا معهما جميعاً وسواء كان الغير مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه [٤] .

وقال أبو حنيفة : يجوز بيع صاع تمر وثوب بصاعي تمر ، فيكون أحد الصاعين في مقابلة الصاع والثوب في مقابلة الصاع الآخر ، وكذلك دينار وثوب [٥] بدينارين [٦] .

وإنما منعنا ذلك لحديث فضالة بن عبيد [٧] قال : أُتِيَ النبي ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير ، فقال صلى الله عليه وسلم :

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) ومن (ر) .

(٢) الوازن : سقطت من (م) .

(٣) في (م) : في أحد الجنس .

(٤) انظر : المدونة : ٣/ ٩٧ - ٩٩ ، التفريع : ٢/ ١٥٥ - ١٥٧ ، الكافي ص ٣٠٧ .

(٥) في (م) : درهم .

(٦) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٤٠ - ٤١ .

(٧) فضالة بن عبيد : بن نافذ بن قيس الأنصاري الأوسي ، أول ما شهد أُحُداً ، ثم نزل دمشق وولي قضاءها ، ومات سنة ثمان وخمسين (تقريب التهذيب ٤٤٥) .

« لا حتى تميز بينهما » ، قال : إنما أردت الحجارة ، فقال : « لا حتى تميز بينهما»[1] وهذا نص ، ولأن مقابلة[2] جنس آخر لأحدهما أو لهما يمنع المماثلة لأن الذهب المنفردة ليس في مقابلتها ذهب مثلها وإنما في مقابلتها ذهب وعرض، وهذا ضد المماثلة ، ولأن الصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة (الثمن في مقابلة الجميع)[3] منقسطة على المبلغ والقيمة ، فإذا تبايعا ديناراً وثوباً بدينارين حصلت جملة الدينار والثوب في مقابلة الدينارين ، ولا نأمن أن تكون قيمة الثوب ديناراً[4] أو أكثر من دينار فيؤدي ذلك إلى أن يكون دينار في مقابلة أقل من دينار وذلك ربا لأن الجهل بالتماثل بمعنى تحقق التفاضل . .

فصل [١٠ - في صرف الذهب الجيد بالرديء] :

لا يجوز دينار ذهب جيِّد وديناران من ذهب رديء بدينارين دون الجيِّد وفوق الرديء[5] ، وكذلك في التمر لا يجوز صاع معقلي[6] وصاع دقلى[7] بصاعين من برني[8] خلافاً لأبي حنيفة[9] ، لأن التفاضل في القيمة في المماثلة يمنعها ويصير كالتفاضل في الوزن ، لأن هذا إنما رضي أن يزن الدينار المتوسط ويأخذ الدون لمكان الجيِّد الذي معه ولولا ذلك لم يفعل ، وكذلك إنما رضي بأخذ الدقلي بدلاً من البرني[10] لأجل ما معه من المعقلي ، والآخر إنما رضي

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب : بيع القلادة منها خرز وذهب : ٣/ ١٢١٣ .

(٢) في (ق) : مقارنة .

(٣) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٤) في (م) : دينارين .

(٥) انظر : المدونة : ٣/ ١١٥ - ١١٦ ، التفريع : ٢/ ١٥٥ ، الرسالة ص ٢١٧ ، الكافي ص ٣٠٧ .

(٦) المعقلي : نوع من الرطب (الصحاح : ٥/ ١٧٦٩) .

(٧) الدقلي : أردأ التمر (المعجم الوسيط : ١/ ٢٩٠) .

(٨) برني : نوع جيِّد من التمر مدور أحمر مشرب بصفرة (المعجم الوسيط : ١/ ٥٢).

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٣٨

(١٠) فى (م): بدل الدقلي برنياً .

بأخذ البرني بدل المعقلي لأنه يأخذ صاحبه معه دقلاً وكل ذلك تخاطر [1] وقصد للمغابنة ، ولأن الثمن ينقسط على الجملة فتمتنع المماثلة ، وأما إن كانت الرديئة في جهة والجيِّدة في جهة فيجوز لأن القصد من ذلك المعروف والرفق لا المتاجرة.

فصل [١١ - في المراطلة] :

المراطلة [2] بالذهب جائزة [3] ، وهي أن يوضع أحد الذهبين في كفة والآخر في كفة بغير صنجة [4] ، فإذا استوى لسان الميزان بينهما أخذ كل واحد منهما ذهب صاحبه بدلاً من ذهب نفسه لأن التماثل يحصل بهما كما لو كان بصنجة ولا يراعي في ذلك إلا الوزن دون العدد ، فإن كان إحدى الذهبين أكثر عدداً أو أقل وهما [5] متساويان في الوزن فلا بأس .

فصل [١٢ - في عدم جواز انضمام عقد البيع إلي الصرف] :

ولا يجوز [6] أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا أن يكون يسيراً على وجه التبع [7] لأن الصرف ضيِّق بابه وغُلِّظ فيه واختص بأحكام لا يوجد في غيره ، فإذا انضم إليه غيره فاحتيج إلى اعتباره به ، وذلك غير جائز فإن كان يسيراً جاز لأن الضرورة تدعو إليه مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم ، فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضاً بقيمته أو يزيد الدينار والدرهم وكسره غير جائز فهاهنا يجوز للضرورة لأنه يعلم أن البيع غير مقصود .

---

(١) في (ق) : لخاطر .

(٢) المراطلة : لغة هي الوزن ، واصطلاحاً : بيع ذهب به وزناً أو فضة كذلك (المصباح المنير ص ٢٣٠ ، مع حدود ابن عرفة ص ٢٤٥) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/١١٣ ، الموطأ : ٢/٦٣٨ ، الكافي ص ٣٠٥ .

(٤) الصنجة : هو ما يتخذ مدوراً على كفتي الميزان (المعجم الوسيط : ١/٥٢٧) .

(٥) في (ـ م) : مما .

(٦) في (ق) : ولا يحق .

(٧) انظر : التفريع : ٢/١٥٩ ، الكافي ص ٣٠٤ و٣٠٧ .

فصــل [١٣ - في شراء تراب الذهب والفضة] :

يجوز شراء المعادن من الذهب والفضة الجنس منهما بخلافه ولا يحق بجنسه[(١)] خلافاً للشافعي في منعه أصل البيع [(٢)] لقوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ [(٣)] ، ولأنه مرئي [(٤)] محزور ومعلوم بالعادة مقدر في غالب الحال فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف .

فصــل [١٤ - في عدم جواز شراء تراب الصاغة] :

ولا يجوز شراء تراب الصاغة خلافاً لمن أجازه [(٥)] لأنه غرر إذ لا يعلم هل فيه شيء أم لا ولو علم أن فيها شيئاً لم يظهر ولم يعلم قدره ولا حزره ، وذلك غرر مجهول [(٦)] .

* * *

(١) انظر : التفريع : ٢/١٥٩ ، الكافي ص ٣٠٦ - ٣٠٩ .

(٢) انظر : المهذب : ١/ ٢٧٤ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٤) في (م) : مروي .

(٥) قال ابن أبي موسى في « الإرشاد » بجواز ذلك وهو قول مالك ؟ وروي عن الحسن والنخعي وربيعة والليث (المغني : ٤/ ٦٥) .

(٦) وذلك غرر مجهول : سقطت من (م) .

باب : [بيع الغرر]

بيع الغرر [1] غير جائز [2] لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه [3] ، والغرر يكون بوجوه : منها الجهل بجنس المبيع كقولك : بعتك ما في كمي أو صندوقي أو كفي [4] ، ويجوز أن يكون في كمه جوزة أو لوزة [5] أو بيضة ، ويجوز أن يكون فيه درة أو ياقوتة ، ومنها الجهل بصفة المبيع وإن عرف جنسه مثل أن يسلم إليه في عبد أو ثوب ولا يذكر نوعه ولا صفته ، ومن هذا الباب بيع الساج [6] في جرابه والثوب المطوي ، فإذا عرف جنسه ووصفته جاز وخرج عن الغرر ، ومنه بيع الملامسة والمنابذة التي [7] نهى رسول الله ﷺ عنه [8] وبيع الحصاة [9]، والملامسة أن يجب البيع بلمس الرجل الثوب وإن لم يبينه ولا عرف ما فيه ، والمنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه إلى الآخر [10] وينبذ الآخر ثوبه إليه ، فيجب البيع

---

(١) بيع الغرر : أصل الغرر النقصان من قول العرب غارت الناقة إذا نقص لبنها ، واصطلاحاً قال ابن عرفة : الغرر ما تردد بين السلامة والعطب (انظر غرر المقالة ص ٢١٢، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ٢٥٣) .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٢٥٣ ، التفريع : ٢/١٦٥ ، الرسالة ص ٢١٢ ، الكافي ص ٣٣٠ - ٣٣١ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصحة (٩٧٨) .

(٤) أو صندوقي أو كفي : سقطت من (م) .

(٥) أو لوزة : سقطت من (ق) .

(٦) الساج : الطيلسان المقور الضخم الغليظ (المصباح المنير ص ٢٩٣) .

(٧) في (م) : الذي .

(٨) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : بيع الملامسة : ٣/٢٥ ، ومسلم في البيوع ، باب : إبطال بيع الملامسة والمنابذة : ٣/١١٥١ .

(٩) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : بطلان بيع الحصاة : ٣/١١٥٣ .

(١٠) في (ق) : ثوبا الآخر .

بينهما بذلك من غير أن ينشر الثوبين ويقفا [1] على ذرعهما وكذلك بيع الحصاة كانوا في الجاهلية إذا أعجب الرجل الثوب ترك عليه حصاة فيجب البيع بذلك ولا يكون له رد سواء وجده [2] صحيحاً أو معيباً ، وقيل : كان الرجل يسوم بالثوب وبيده حصاة فيقول لصاحبه : إذا سقطت هذه الحصاة من يدي فقد وجب البيع ، هذه البيوع من بيوع الجاهلية .

ومن بيع الغرر المزابنة : وهو بيع معلوم بمجهول من جنس أو مجهول بمجهول[3] من جنس وقد بيناها ، فإن كان ذلك مما فيه الربا حرم لأجل التفاضل وإن كان مما لا ربا فيه كان خطراً أو قماراً إلا أن يتبين [4] الفضل ، فيجوز لأنه يخرج حينئذ عن التخاطر [5] ، ومن الخطر أن يبيعه جزافاً يعلم كيله ولا يعلمه به فيدخل المبتاع على ذلك .

ومن أنواع الغرر ما لا يقدر على تسليمه كالآبق [6] والضالة والمغصوب والطير في الهواء والسمك في الماء وكل هذا لا يجوز بيعه لأنه لا يقدر على تسليمه ثم لا يخلو أن تكون صفة البيع معلومة لهما أو مجهولة ، فإن كانت معلومة والغرر من وجه واحد وهو العجز عن التسليم إلا أن يباع الآبق والضالة ممن قد [7] وجدهما وحصلا تحت قبضته ، والمغصوب من غاصبه ولم يبعد عداهما عن مالكها أو يثبت عنده بقاؤهما [8] على صفاتها أو عرف ما انتقلا إليه فيجوز حينئذ بيعه لهما وإن كانت صفاتهما غير معلومة للمالك دخل بيعهما الغرر من وجهين الجهل والعجز عن التسليم .

---

(١) في (م) : أو بنيا .

(٢) في (م) : أصابه .

(٣) بمجهول : سقطت من (ق) .

(٤) في (م) : يتيقن .

(٥) في (ق) : المخاطر .

(٦) الآبق : الهارب (غرر المقالة ص ٢١٨) .

(٧) قد : سقطت من (ق) .

(٨) بقاؤهما : سقطت من (م) .

ومن هذا الباب بيع الأجنة واستثناؤها وبيع حبل [١] الحبلة وهو نتاج ما تنتج الناقة والمضامين وهو ما في ظهور الفحول ، فهذا يجمع الأمرين الجهل بالمبيع والعجز عن التسليم .

ومنه أيضاً السلم إلى أجل لا يوجد فيه المسلم فيه فيعجز المسلم إليه عن تسليمه.

ومن وجوه الغرر الجهل بالثمن ، أما في جنسه أو في مقداره [٢] أو أجله ، وكذلك في المثمون [٣] ، فأما في الجنس فمثل أن يبيعه بما يحكم به زيد أو يسميه عمرو أو يقع في يده [٤] من رقاع يكتب فيها عدة أثمان أو يخرج به السهم في قرعة ، أو ما أشبه ذلك في المقدار مثل ما يخرج به سعر اليوم وما يبيع به فلان متاعه، وفي الأجل نحو قدوم زيد وزفاف[٥] عمرو وموت فلان وما أشبه ذلك.

ومن هذا الباب بيعتان في بيعة : وصفته أن يبيعه هذا الثوب إما بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل على أنه قد وجب بأحد الثمنين ، فأما إن كان [٦] على أنه إن رضي أجاز [٧] وإن لم يرض رد ولم يجب [٨] ، فذلك جائز لأن العقد لم يجب فلا يحصل غرر ، وقد يقع على وجوه أُخَرْ ، ومن الغرر بيع اللحم في جلده والحنطة في تبنها [٩] ، وما أشبه ذلك ومن وجوه الغرر ما لا ترجى سلامته

---

(١) حبل : سقطت من (م) .

(٢) في (ق) : إما جنسه أو مقداره .

(٣) في (م) : المثمن .

(٤) في (ق) : أو برقاع ، وفي (ر) : أو ما يضع .

(٥) في (ق) : وفاة .

(٦) إن كان : سقطت من (م) .

(٧) في (م) : جاز .

(٨) ولم يجب : سقطت من (م) .

(٩) في (م) : في بيتها .

كالمريض في سياقه وما لا يدري هل يسلم أم يتلف ولا أمارة على ذلك تغلب على الظن معها سلامته مثل بيع الثمار قبل قبل بدو صلاحها ، وأبواب الغرر كثيرة وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه منها على ما أهملناه ، ولا خلاف أن يسيره لا يمنع صحة البيع وإن ما تدعوا الحاجة إليه منه معفو عنه وأن [(١)] الذي يمنع ما زاد على ذلك .

فصل [١ - في بيع الأعمى وشرائه] :

يجوز بيع الأعمى وشراؤه [(٢)] خلافاً للشافعي [(٣)] ، وذلك إذا كان يعرف ما يوصف له وسواء كان بصيراً فعمي أو ولد أعمى لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [(٤)] ، وقياساً على البصير بعلل [(٥)] إما لأن كل من جاز تسليمه [(٦)] جاز بيعه للأعيان أو لأن كل من صح [(٧)] أن يؤكل في البيع صح أن يليه بنفسه .

فصل [٢ - في منع بيع الإنسان على بيع أخيه] :

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه ، وذلك إذا أركن إليه وقرب اتفاقهما على تقدير [(٨)] الثمن ولم يبق إلا العقد أو قريب منه ، فأما إن كان في أول الغرض وابتداء السوم قبل التقدير والركون فلا بأس والقول فيه [(٩)] ، وفي فسخه إن وقع كالقول في النكاح وقد بيناه .

---

(١) في (ق) : ولأن .

(٢) انظر : الكافي ص ٣٦٠ .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ٨٨ ، الإقناع ص ٩٨ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٥) بعلل : سقطت من (ق) .

(٦) في (م) : سلمه .

(٧) في (م) : جاز .

(٨) في (ق) : تقرير .

(٩) انظر : الموطأ : ٢/٦٨٤ ، التفريع : ٢/١٦٦ ، الرسالة ص ٢١٨ .

فصل [٣ - في بيع النجش] :

بيع النجش غير جائز (١) وصفته : أن يزيد التاجر في الثمن لا لنفسه بل ليغر غيره فينزل (٢) على مزايدته ، فهذا لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه (٣)، وإن وقع فسخ خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٤) ، لأن النهي يقتضي على الفساد ، ولأن فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوي ما يبذلونه فيها وذلك فساد وضرر فوجب فسخه.

فصل [٤ - في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي] :

ولا يجوز تلقي السلع قبل أن تورد الأسواق (٥) لنهي النبي ﷺ عن ذلك (٦)، وفائدته ألا يستبد الأقوياء بها دون الضعفاء ومن لا قدرة له على مشاركتهم ، وإذا ثبت المنع منه فمن فعل ذلك خيِّر بقية أهل الأسواق في أن يشاركوه فيما اشتراه أو يتركوه له ، ولا يبيع حاضر لباد (٧) لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وقال : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » (٨) ، وفائدة ذلك أن فيه إضراراً بالناس

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/ ٦٨٤ ، التفريع : ٢/ ١٦٧ ، الكافي ص ٣٦٥ .

(٢) في (ق) : فيزيد .

(٣) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : لا يبع على بيع أخيه : ٣/ ٢٤ ، ومسلم في البيوع ، باب : تحريم بيع الحاضر للباد : ٣/ ١١٥٥ .

(٤) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٢٩ - ٣٠ ، مختصر المزني ص ٨٨ .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ١٦٧ ، الكافي ص ٣٦٧ .

(٦) هذا جزء من حديث نهيه صلى الله عليه وسلم عن النجش الذي سبق تخريجه قريباً.

(٧) انظر : التفريع : ٢/ ١٦٧ ، الكافي ص ٣٦٧ .

(٨) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : لا يبع على بيع أخيه : ٣/ ٢٤ ، ومسلم في البيوع ، باب : تحريم بيع الحاضر للباد : ٣/ ١١٥٧ .

لأن أهل [١] البادية لا يعرفون الأسعار ويضر بهم بيع ما يجلبونه بالرخص كما يضر بأهل الحضر شراؤه بالغلاء لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض وأموال أهل البدو [٢] جلها من المباح الذي يؤخذ بغير عوض فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم ، فإذا باع لهم السماسرة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة فأضر ذلك بالحاضرة [٣] .

وإذا ثبت منع ذلك فقيل : يفسخ إن وقع ، وقيل : لا يفسخ ، فوجه الفسخ عقوبة لفاعله للنظر العام ، ولأن قصده قطع أرزاق الناس ، ووجه الإمضاء فلأن الفساد منتف عنه من جهة العقد أو المعقود عليه ، وإنما هو لحق الآدميين على وجه الرفق والإعانة ، فأما أن يكون قطع حق آدمي متعين فلا ، وإما الشراء لهم فقال: مالك لا بأس به اعتباراً بالشراء لغيرهم لأن الحاضر يعرف ثمن ما يبيعه فلا يستضر بمن يشتري منه الحاضر للبادي بخلاف البيع لهم ، وقال بعض أصحابه : لا يشتري لهم وهو والبيع سواء ، ووجه هذا أنهم لا يعرفون الأسعار فيبذلون فيما يشترونه أكثر مما يبذلونه إذا تولى لهم التجار فيضر بالحاضرة كالبيع لهم .

فصل [٥ - في التسعير] :

التسعير [٤] على أهل الأسواق غير جائز [٥] لأن الناس مالكون لأموالهم والتصرف فيها فلا يجبرون على بيعها إلا بما يختارونه ، ولأن النبي ﷺ امتنع من التسعير لما سئل فيه فقيل له : لو سعرت لنا ، فقال : « إن الله هو القابض

---

(١) أهل : سقطت من (م) .

(٢) في (م) : البادية .

(٣) في (م) : بالحاضر .

(٤) التسعير عرفه ابن عرفة بقوله : « تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدراً للمبيع بدرهم معلوم » (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص ٢٥٨) .

(٥) انظر : الموطأ : ٦٥١/٢ ، التفريع : ١٦٨/٢ ، الكافي ص ٣٦٠ .

والباسط والمغلي والمرخص وإني لأرجو أن ألقي الله وليس لأحد منكم عندي مظلمة ظلمته إياها في عرض ولا مال »[1] .

فإذا ثبت ذلك فالذي يخاف ضرره بعقد التسعير هو الزيادة فيه وهذا يمكن حسمه بأن يقال لمن يحط السعر : إما أن تلحق بالناس ، وإما أن تنصرف ومثاله أن يكون بيع الناس مثلاً للخبز عشرة أرطال بدرهم فيبتديء هو البيع على ثمانية فيقال له : إنا لا نسعر عليك ولا يلزمك البيع بما لا تختار ، ولكن نأمرك بأن لا تضر بالناس تغلى[2] الأثمان زيادة على بيع غيرك لئلا يقتدى الباقون بك فيضر ذلك بالناس ، فأما بعه على بيعهم وإلا أزلنا الأضرار عن الناس[3] بصرفك عنهم، وقد روي: أن عمر رضي الله عنه قال لحاطب بن أبي بلتعة مثل ذلك[4].

فصل [٦ - في الحكرة] :

الحكرة[5] إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة في كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته ، سواء كان طعاماً أو ثياباً أو أي شيء كان من أنواع الأموال[6] ، والأصل في منعها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحتكر إلا خاطيء »[7] ، وروي : « المتربصون بالطعام هم الآثمون »[8] ، وروي : أن

---

(١) أخرجه أبو داود في الإجازة ، باب : التسعير : ٣/ ٧٣١ ، وابن ماجه في التجارات باب : من كره أن يسعر : ٢/ ٧٤١ ، والترمذي في البيوع ، باب : بعد ما جاء في المحابرة : ٣/ ٦٠٦ ، وقال : حسن صحيح .

(٢) في (م) : بأن تقل .

(٣) في (ق) : بالناس .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٦٥١ ، وعبد الرزاق : ٨/ ٢٠٧ .

(٥) الحكرة : هو رصد الأسواق أي انتظار الأسواق ، أي انتظار ارتفاع الأثمان (انظر مواهب الجليل : ٤/ ٢٢٧ - ٢٢٨) .

(٦) انظر : الموطأ : ٢/ ٦٥١ ، التفريع : ٢/ ١٦٨ ، الكافي ص ٣٦٠ .

(٧) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : تحريم الاحتكار في الأقوات : ٣٠/ ١٢٢٧ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق : ٨/ ٢٠٤ ، بلفظ قريب منه وهو : « لا يحتكر إلا الخوانون أي الخاطئون الآثمون » .

عمر رضي الله عنه خرج إلى المسجد فرأى طعاماً منشوراً فقال : ما هذا ؟ قالوا: طعام جلب إلينا ، قال : بارك الله فيه وفيمن جلبه ، قالوا : إنه قد أحتكره فلان وفلان فدعاهما فقالا له : نشتري بأموالنا ونبيع ، فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بإفلاس أو جذام » (١) ، وهذا هو في البلدان الصغار الذين يَضُرُّ بهم الاحتكار ، فأما البلدان (٢) الكبار والأمصار الواسعة التي يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس ، لأن ذلك غير مضر بهم غالباً إلا أن يتفق (٣) في بعض الأوقات غلاء أو شدة ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ .

فصل [٧ - في عدم التعرض لمن جلب طعاماً وعدم جبره على بيعه ...] :

لا يعرض لمن جلب طعاماً أو غيره إلى بلد ولا يجبر على بيعه ولا يمنع من اختزانه (٤) وحكرته لأنه لم يضر بالناس ولا غلى عليهم سعراً ولا استبد بشيء كان يجب أن يساويهم فيه ، بل في منعه من ذلك إضرار به وافتيات عليه لأنه إنما تكلف جلبه وسافر في تخليصه (٥) ليبقيه لنفسه ، فليس لأحد اعتراض عليه فيه، وقد روى عن عمر (٦) أنه قال : من جلب طعاماً على عمود ظهره ، فذلك ضيف عمر يبيعه كيف شاء ويذهب به حيث شاء (٧) .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات ، باب : الحكرة والجلب : ٢/٧٢٩ ، وإسناده صحيح ورجاله موثقون (مجمع الزوائد) .

(٢) البلدان : سقطت من (م) .

(٣) في (م) : ينفق .

(٤) في (م) : من حابه .

(٥) في (م : تحصيله .

(٦) في (ق) : ابن عمر .

(٧) أخرجه عبد الرزاق : ٨/٢٠٦ .

فصـل [٨ - بيع العربان] :

بيع العربان منهي عنه إذا وقع على صفة دون صفته ، وصفته الممنوعة أن يشتري الرجل السلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بكراء معلوم وينقد من ذلك شيئاً ليسكن البائع أو المكرى إليه على أنه إن رضى إمضاء [١] البيع أو الكراء وينقد بقيته وإن كره لم يرجع بما نقده [٢] .

وإنما قلنا : إنه ممنوع لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان [٣] ولأنه من أكل المال بالباطل لأنه يذهب بغير عوض ولا على وجه الهبة والصدقة ، وإنما هو ضرب من القمار ، ووقوعه على الصفة الجائزة [٤] ، فهو أن يجعل العربان على يد غير البائع وعلى يده مختوما لئلا ينتفع به ثم يرده إن كره المشتري فيكون بيعاً وسلفاً ، فإذا ختم عليه زال ما يخاف [٥] من ذلك ثم ينظر : فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن أو الأجرة إن كان كراء ، وإن كره استرجعه ، فهذا جائز لأنه ليس فيه ما يقتضي المنع .

فصـل [٩ - بيع الدين بالدين] :

الدين بالدين [٦] ممنوع [٧] لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الكالىء بالكالىء [٨] وهو الدين بالدين ، وذلك إذا كان من الطرفين مثل أن يحل له

---

(١) في (م) : أمضى .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٦٠٩ - ٦١٠ ، التفريع : ٢/١٦٨ ، الكافي ص ٣٦٦ .

(٣) أخرجه مالك : ٢/٦٠٩ ، وأبو داود في البيوع ، باب : العربان : ٣/٢٨٣ ، وابن ماجه في التجارات ، باب : بيع العربان : ٢/٧٣٨ ، وأحمد : ٢/١٨٣ .

(٤) الجائزة : سقطت من (ق) .

(٥) في (م) : يخافه .

(٦) قال ابن عرفة : هو بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر (الرصاع على ابن عرفة ص ٢٥٢) .

(٧) انظر : التفريع : ٢/٦٩ ، الرسالة ص ٢١٧ ، الكافي ص ٣٦٤ .

(٨) أخرجه الدارقطني : ٣/٧١ ، والحاكم : ٢/٥٧ ، وقال : صحيح على شرط =

سلف من عروض على رجل فيجعلها ثمناً لشيء آخر من سلم ينتقل إليه أو أن يسلم إليه في شيء بثمن معلوم يكون ديناً في ذمة المسلم للمسلم إليه ، فهذا كله ممنوع ، فأما فسخ الدين إذا حلَّ في عين بتأخر قبضها وتكون مضمونة على بائعها فمنعه مالك وابن القاسم وأجازه أشهب وغيره وذلك كثمرة يجتنيها أو سلعة غائبة أو دار يسكنها مدة أو ما أشبه ذلك ، فوجه المنع أنه مفسوخ فيما لا يتنجز وما هو في ضمان الغريم ، فأشبه أن يفسخ شيء في الذمة ، ووجه الجواز أنه فسخ دين في عين كالمقبوض .

فصـــل [١٠ - فيما لا يجوز في الدين إلى أجل وهو ما يعرف بضع وتعجل] :

الوضع على التعجيل ممنوع منه [(١)] ، وصفته أن يكون على رجل دين لم يحل[(٢)] فيقول لصاحبه : تأخذ بعضه معجلاً وتبرئني من الباقي ، فهذا غير جائز لأمرين : أحدهما أنه يدخله الربا إن كان في ذهب أو فضة أو طعام أو ما يحرم التفاضل فيه ، والآخر أنه قرض يجر نفعاً [(٣)] ، وروي ذلك عن ابن عمر وزيد ابن ثابت [(٤)] ، وهو إجماع الصحابة وكذلك إذا عجل له بعضه قبل الأجل على إن أخره بالباقي زيادة على الأجل الأول لأنه ترك ذلك الأجل للتعجيل [(٥)] .

فصـــل [١١ - في تصرف الفضولي] :

إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف على إجازة المالك أو رده [(٦)] ،

= مسلم ، غير أن الحافظ ابن حجر نبه على خطأ الحاكم في ذلك ، وقال : وفي إسناده موسى بن عبيدة وهو متروك (الدراية : ٢/ ١٥٧) كما أخرج الحديث البيهقي : ٥/ ٢٩٠، والبزار وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وغيرهم .

(١) انظر : المدونة : ٣/ ١٩٠ - ١٩٤ ، التفريع : ٢/ ١٦٩ ، الرسالة ص ٢١٣ ، الكافي ص ٣٢٤ - ٣٢٥ .

(٢) أي : لم يحن وقت سداد الدين .

(٣) في (م) : منفعة .

(٤) انظر : المغني : ٤/ ٥٧ .

(٥) في (م) : للتعجل .

(٦) أورده : سقطت من (م) .

وكذلك إذا اشترى له بغير إذنه [١] ، وفرق أبو حنيفة بينهما فأجاز في البيع ومنعه في الشراء [٢] ، ومنعه الشافعي [٣] في الموضعين [٤] ، فدليلنا على الشافعي حديث حكيم بن حزام [٥] وعروة البارقي [٦] : أن النبي ﷺ دفع إليه ديناراً ليبتاع له شاة ، فابتاع شاة ثم باعها بدينارين فابتاع بأحدهما شاة وجاء بالدينار الآخر إلى النبي ﷺ فأخذه وبارك له في صفقته [٧] ، ولأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة ، فجاز أن يقع موقوفاً عليها كالوصية ، ولأنه تمليك لملك الغير بغير إذنه[٨] كالتصدق باللقطة ، ودليلنا على أبي حنيفة : أن القبول أحد طرفي العقد فجاز أن يقف العقد [٩] على إمضائه كالإيجاب .

---

(١) انظر : التفريع : ٣١٨/٢ ، الكافي ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٢ - ٨٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٨/٢ .

(٣) انظر : الأم : ١٥/٣ - ١٦ ، الإقناع ص ٩١ - ٩٢ .

(٤) في (م) : الوجهين .

(٥) **حكيم بن حزام** : بن خويلد بن أسد بن عبد العزى ، الأسدي ، أبو خالد المكي ابن أخي خديجة أم المؤمنين ، أسلم يوم الفتح وصحب ، كان عالماً بالنسب ، مات سنة أربع وخمسين أو بعدها (تقريب التهذيب ص ١٧٦) .

(٦) **عروة البارقي** : بن الجعد ، ويقال : ابن أبي الجعد ، وقيل : اسم أبيه عياض ، صحابي ، سكن الكوفة ، وهو أول قاضي بها (تقريب التهذيب ص ٣٨٩) .

(٧) أما حديث عروة ، فقد أخرجه البخاري في المناقب ، باب : ٢٨ ، ١٨٧/٤ ، وحديث حكيم فقد أخرجه أبو داود في البيوع في المضارب يخالف : ٦٧٩/٣ ، وابن ماجه في الصدقات ، باب : الأمين يتجر فيربح : ٨٠٣/٢ ، والترمذي في البيوع ، باب : ٣٤، ٥٥٠/٣ ، وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه (انظر تلخيص الحبير : ٥/٣) .

(٨) بغير إذنه : سقطت من (ق) .

(٩) العقد : سقطت من (ق) .

فصـل [١٢ - فيمن اشترى عبداً نصرانياً] :

إذا اشترى عبداً نصرانياً جاز أن يبيعه من نصراني لأنه مساوٍ له في الدين كبيع المسلم من المسلم .

فصـل [١٣ - إذا اشترى نصراني عبداً مسلماً] :

إذا اشترى نصراني عبداً مسلماً ففيها روايتان [١] : إحداهما أنه لا يصح ويفسخ والأخرى أن العقد يقع ويجبر على بيعه .

فوجه الأولى : أن كل معنى إذا طرأ على ما يملكه النصراني قطع استدامته في حق المسلم ، فإذا وجد ابتداء منع العقد أصله النكاح لأنها إذا أسلمت تحته منع ذلك استدامة نكاحه [٢] ، وكذلك وجود الإسلام يمنع ابتداء عقده [٣] عليها كذلك العقد على الرقبة .

ووجه الثانية : أنه قد ثبت له عليه ملك بوجه وهو أن يسلم في ملكه فيباع عليه، وإذا كان كذلك لم يفسخ عقده عليه وبيع عليه أصله إسلامه في ملكه .

فصـل [١٤ - في بيع الكلاب] :

اختلف أصحابنا في بيع ما أذن في اتخاذه من الكلاب ، فمنهم من قال : يكره ، ومنهم من قال : يحرم [٤] .

ووجه الجواز ما روي : أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد أو زرع أو ماشية [٥] ، ولأنه جارح يصاد به كالبازي .

---

(١) انظر :

(٢) في (م) : استدامته نكاح .

(٣) في (ق) : العقد .

(٤) انظر : الرسالة ص ٢١٥ ، الكافي ص ٣٢٧ .

(٥) أخرجه البخاري في البيوع ثمن الكلب : ٣/٤٣ ، ومسلم في المساقاة ، باب : تحريم ثمن الكلب : ٣/١١٨٩ ، وفيهما من غير الاستثناء ، أما اللفظ الذي أورده المصنف فقد أخرجه الترمذي في البيوع ، باب : ما جاء في ثمن الكلب : ٣/٥٧٨ عن أبي المهزم وهو متكلم فيه .

ووجه الحظر نهيه صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، ولأنه حيوان منهي عن اتخاذه إلا للضرورة كالسباع ، وعلى من قتله قيمته لصاحبه خلافاً (للشافعي[١] لأنه حيوان يصح الانتفاع به والوصية به كالخيل والبغال ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد به كالبازي) [٢] .

فصـل [١٥ - في عدم جواز بيع الزيت النجس والعذرة] :

لا يجوز بيع الزيت النجس ولا العذرة [٣] للتزبيل [٤] لأنها عين نجسة كالدم.

* * *

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) انظر : الكافي ص ٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٣) التزبيل : هو تصليح الأرض بالزبل ونحوه حتى تجود الزراعة (المصباح المنير ص ٢٥١) .

باب : [في الخيار]

البيع جائز بشرط الخيار [1] (لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حبان : «واشترط الخيار ثلاثاً » [2]) [3] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار » [4] ، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يبتاعه واختياره فجاز ذلك .

فصـــل [١ - في جواز اشتراط الخيار من البائع والمشتري] :

يجوز أن يشترطه البائع والمشتري لقوله صلى الله عليه وسلم : « واشترط [5] الخيار ثلاثاً » [6] ولم يفرق ، ولأن الخيار وضع للتأمل والاختبار وكل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر ، فجاز اشتراط كل واحد منهما له .

فصـــل [٢ - انفراد من اشترط الخيار بالفسخ دون الآخر] :

فإن اشترطه أحدهما انفرد بالفسخ ولم يكن للآخر مقال معه ، وإن اشترطاه معاً ، فقد تعلق الحق بهما فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطه له ، ولا يثبت

---

(١) انظر : المدونة : ٣/٢٢٣ ، التفريع : ٢/١٧١ ، الرسالة ص ٢١٤ ، الكافي ص ٣٤٣ .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام ، باب : الحجر على من يفسد ما له : ٢/٧٨٩ ، وسنده حسن ، وفي إسناده محمد بن إسحق وهو مدلس .

(٣) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : كم يجوز الخيار : ٣/١٧ ، ومسلم في البيوع، باب : ثبوت خيار المجلس : ٣/١١٦٣ .

(٥) في (م) : والمشتري .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

البيع إلا باجتماعهما على إجازة أو رد ، فإن اتفقا على إمضاء أو فسخ كان لهما وإن اختلفا فاختار أحدهما الرد والآخر الإمضاء ، فالقول قول [1] المختار للرد لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه من الفسخ وبقي حق الآخر ولا يسقط بإسقاط غيره له .

فصل [٣ - في خيار المجلس] :

خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم [2] خلافاً للشافعي [3] لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [4] ، ولأنه عقد معاوضة كالنكاح ، ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق ، فليس من مقتضى العقد كالخيار في إغلاء [5] الثمن ورخص ، ولأنه لو كان ثابتاً بمقتضى العقد لم يصح وقوع العقد على وجه لا يتصور فيه ، فكان لا يصح للأب أن يشتري لابنه من نفسه لأن مفارقة [6] الإنسان من نفسه لا تصح .

فصل [٤ - في وضع الخيار لتمام البيع واستقراره] :

الخيار موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ ، فإن اختار من له الخيار الإمضاء تَمَّ البيع وانبرم ، وإن اختار الفسخ تبيَّنَا أن الملك لم ينتقل إليه [7] ، وإنه لم يزل على ملك البائع ، وفي الحالتين فهو في الحكم على ملك البائع وتلفه منه ما لم يتقرر من المشتري إمضاء خلافاً لمن يقول : إنه وضع للفسخ[8]

---

(١) قول : سقطت من (م) .

(٢) انظر : التفريع : ٢/ ١٧١ ، الرسالة ص ٢١٨ ، الكافي ص ٣٤٣ .

(٣) انظر : الأم : ٣/ ٤ - ٥ ، الإقناع ص ٩١ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(٥) في (م) : غلاء .

(٦) في (ق) : مفاوضة .

(٧) إليه سقطت من (ق) .

(٨) يقول بذلك الحنابلة (انظر : مختصر الخرقي ص ٦٤ ، المغني : ٣/ ٥٧٣) .

وأن الملك قد انتقل بنفس العقد لأنه إيجاب لا يلزم البائع الثبوت عليه ، فلم ينتقل الملك به على التجريد أصله إذا وجب ولم يقل للمشتري : قبلت ، ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق [1] لأنه متعلق بشيء يقع في المستأنف ، فالمشتري يقبل إيجاباً غير محقق فلم ينتقل به الملك .

فصل [٥ - في تصرف المالك في ملكه] :

كل تصرف يفعله المالك في ملكه لا يحتاج إليه في اختيار [2] المبيع ، فإنه يعد رضا ممن له الخيار ويكون من البائع فسخاً ، ومن المشتري إمضاء وذلك كالوطء والتقبيل واللمس للذة وكالهبة والصدقة بالمبيع والإعتاق والتدبير والكتابة ، واختلف في الإجارة والرهن والتسوم [3] بالسلعة [4] : فعند ابن القاسم أنه اختيار لأنه تصرف من المالك لا يحتاج إليه في اختيار المبيع وليس باختيار عند أشهب لأنه قد يفعل نيابة عن الغير ، وتزويج الأمة اختيار وتزويج العبد وإسلامه في صنعه اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عن أشهب ، وجناية الخطأ ليست باختيار وجناية العمد اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب ، والنظر في هذا كله مع ابن القاسم والاستخدام ليس باختيار لأنه اختبار .

فصل [٦ - في مدة الخيار] :

مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار [5] المشتري المبيع في مثله [6] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قصرها ذلك على ثلاثة أيام [7] (لقوله صلى الله عليه

---

(١) في (ق) : مستحق ، وفي (ر) : متحقق .

(٢) في (ر) : اختبار .

(٣) في (م) : السوم .

(٤) انظر : التفريع : ٢/١٧١ - ١٧٣ ، الكافي ص ٣٤٣ ، المقدمات : ٢/٩٢ .

(٥) اختيار : سقطت من (م) .

(٦) انظر : المدونة : ٣/٢٣٨ ، التفريع : ٢/١٧٢ ، الرسالة ص ٢١٤ ، الكافي ص ٣٤٣ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٥ ، الإقناع ص ٩١ .

وسلم : « لكل مسلم شرطه »[1] ، وقوله : « إلا بيع الخيار »[2] فأطلق ، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يكون أكثر من ثلاثة أيام)[3] كالآجال لأنها مدة يحتاج فيها إلى اختبار المبيع كالثلاثة ، ولأن الخيار موضوع لتأمل المبيع واختياره والمبيعات مختلفة في ذلك وفي قصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته.

فصـل [٧ - إذا مات مشترط الخيار] :

إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه[4] خلافاً لأبي حنيفة[5]، لقوله تعالى : ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾[6] فعم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك ملكاً وحقاً فلورثته »[7] ، ولأنه خيار ثابت في عقد بيع كالخيار بالعيب، ولأن من ورث شيئاً ورثه بحقوقه كالدين بالرهن وخيار التعيين[8] والرد بالعيب ، ولا يلزم عليه الوطء لأن ذلك لا يتصور فيه على وجه .

فصـل [٨ - في اختلاف الورثة بين الإمضاء والفسخ] :

إذا اختلف الورثة فأراد بعضهم الإمضاء وبعضهم الفسخ : فإما رضوا جميعاً أو فسخوا لأنهم يقومون مقام موروثهم ولم يكن له تبعيض الصفقة .

فصـل [٩ - في وراثة خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب] :

(لا فصل بين خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب في أن ذلك كله موروث)[9] .

---

(١) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر ؟ ولعله يريد حديث : « المسلمون عند شروطهم ».
(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .
(٣) ما بين قوسين سقط من (ق) .
(٤) انظر : التفريع : ٢/ ١٧١ ، الكافي ص ٣٤٤ .
(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ١٤ .
(٦) سورة النساء ، الآية : ١٢ .
(٧) أخرجه البخاري في الفرائض ، باب : قول النبي ﷺ من ترك مالاً فلأهله : ٨/ ٥ ، ومسلم في الفرائض ، باب : من ترك مالاً فلورثته (٣/ ١٢٣٤) .
(٨) في (م) : خيار التعمير .
(٩) سقط هذا الفصل كاملاً من (م) .

فصل [١٠ - حكم التبايع على خيار رضا فلان] :

يجوز أن يتبايعا ويشترطا أو أحدهما رضا فلان أو اختياره يوماً أو أياماً [١] خلافاً لأصحاب الشافعي [٢] لقوله صلى الله عليه وسلم : « واشترط الخيار ثلاثاً » [٣] ولم يفرق ، ولأن الخيار وضع لتأمل المبيع وحظ مشترطه ، وقد لا يعرف ذلك فيشترطه لغيره ليُعرِّفه إياه .

فصل [١١ - إذا ثبت الخيار لغير المتبايعين فهل يثبت مع ذلك لهما] :

إذا ثبت [٤] الخيار ويكون لمن اشترط له فهل يثبت (مع ذلك لمشترطه من المتبايعين أم لا ؟ فيه خلاف [٥] قال ابن القاسم : يثبت) [٦] الخيار للأجنبي وللبائع إن كان هو الذي اشترطه [٧] ، فإن اختار الأجنبي رداً أو إجازة وأباه البائع فالقول للبائع ، وإن كان المشتري هو الذي شرط للأجنبي الخيار لم يثبت إلا للأجنبي فقط ولم يكن للمشتري أن يخالف [٨] عليه ، وروي عنه أيضاً : أن لهما المخالفة عليه وهو قول ابن حبيب .

وإنما قلنا : إن شرط الخيار للأجنبي لا يلزم البائع لأنه لم يشترط له على وجه التمليك ، ولكن على وجه تنبيهه [٩] وإرساله ، ولأن الخيار للأجنبي فرع على ثبوته للبائع فيمتنع أن يثبت الفرع وينتفي به أصله .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ١٧٢ ، الكافي ص ٣٤٣ ، المقدمات : ٢/ ٨٩ .

(٢) انظر : المهذب : ١/ ٢٥٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٤٢) .

(٤) في (م) : ثبت أن .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ١٧٢ ، الكافي ص ٣٤٣ ، المقدمات : ٢/ ٩٠ - ٩١ .

(٦) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٧) في (م) : شرطه .

(٨) في (م) : يحلف .

(٩) في (م) : شبهة .

ووجه التفريق بين البائع والمشتري أن حال المشتري [1] أضعف ، لأن الإيجاب لا يتعلق بصفة والقبول يتعلق بها ، فجعل أمره على التمليك والنظر التسوية بينهما لأنهما متساويان في العقد وحقوقه ، لا يختلف أصحابنا أن شرط مشاورة الأجنبي جائزة ولا يلزم المتبايعين لأنه اشترطها لنفسه لا لغيره .

فصـل [١٢ - عدم اشتراط حضور العاقد الآخر عند الإمضاء أو الفسخ] :

إذا اختار مشترط الخيار أن يختار [2] أو يفسخ فله حضر الآخر أم غاب [3] خلافاً لأبي حنيفة في اشتراطه حضور صاحبه [4] ، لقوله صلى الله عليه وسلم في المصراة [5] : « فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها » [6] ولم يفرق ، ولأنه مختار [7] للفسخ مع بقاء مدة الخيار كما لو حضر صاحبه ، ولأنه معنى ينقطع به خيارة فلم يفتقر إلى رضا الآخر كالإجارة .

فصـل [١٣ - الخيار المطلق] :

إذا اشترط الخيار ولم يضربا له مدة صح العقد وضرب للسلعة مدة تختبر [8]

---

(١) أن حال المشتري : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : أن يخير .

(٣) انظر : الكافي ص ٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٤ - ٧٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٤/٢ .

(٥) المصراة : التصرية حقن باللبن في الثدي أياماً حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير (انظر بداية المجتهد : ٣٣٢/٦ ، ومواهب الجليل مع حاشية المواق : ٤٣٧/٤ - ٤٣٩) .

(٦) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : النهي للبائع أن يحفل الإبل : ٢٥/٣ ، ومسلم في البيوع ، باب : تحريم بيع الرجل على بيع أخيه : ١١٥٥/٣ .

(٧) في (م) : محتاج .

(٨) في (م) : كثيرة .

في مثلها [١] خلافاً لمن قال : إن البيع فاسد [٢] ، لأن الإطلاق محمول على العرف فيصير كالمشترط في البيع كالحمولة والنقد .

فصـــل [١٤ - عدم جواز اشتراط النقد في بيع الخيار] :

لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب ولا بعيد [٣] لأن ذلك يضارع البيع والسلف ، فيكون مرة ثمناً إن اختار المشتري الإمضاء ومرة سلفاً إن اختار الرد ، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع لأنه شرط ينافي موجب العقد كما لو شرط ألا يملكه وإن لم يشترط وتبرع المشتري بالنقد جاز [٤] .

فصـــل [١٥ - تلف المبيع في أيام الخيار] :

تلف المبيع في أيام الخيار من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما [٥] لأنه على ملكه لم يدخل في ضمان المشتري ، فإن تلف في يد المشتري فتلفه منه ، وإن كان مما يغاب عليه لأنه قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون مجرد الأمانة، ولا يضمنه إن كان مما لا يغاب عليه لأن الظاهر أن هلاكه بغير صنعه ، وأنه غير متعد بقبضه كالرهن [٦] .

فصـــل [١٦ - اختلاط الثوبين الذين اشتراهما بالخيار] :

إذا ابتاع من رجلين ثوبين بشرط الخيار فاختلطا ولم يتميز ألزمه البيع ولا خيار له [٧] لأنه لا يصل إلى رد ملك أحدهما عليه ، فكان كالتالف [٨] .

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٢٤١ ، التفريع : ٢/ ١٧٢ ، الكافي ص ٣٤٣ .
(٢) في أحد قولي الإمام أحمد (المغني : ٣/ ٥٨٩) .
(٣) انظر : المدونة : ٣/ ٢٣٨ - ٢٣٩ ، الرسالة ص ٢١٤ ، الكافي ص ٣٤٣ .
(٤) في (م) : جائز .
(٥) في (م) و(ر) : غيره .
(٦) انظر : المدونة : ٣/ ٢٣٣ ، التفريع : ٢/ ١٧١ - ٢٧٢ ، الكافي ص ٣٤٤ .
(٧) انظر : المدونة : ٣/ ٢٣٣ ، التفريع : ٢/ ١٧٣ ، الكافي ص ٣٤٤ .
(٨) في (م) : كالمتلف .

فصـل [١٧- خيار الغبن] :

اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله مثل أن يشتري أو يبيع مما يساوي ألف بمائة ، فمنهم من نفى أن يثبت الخيار لمغبون [١] منهما ، ومنهم من قال : لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع ، وإن كان أو أحدهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار [٢] .

فإذا قلنا : لا خيار له فلأنه نقص في عين المعقود عليه كالقليل ، ولأن المغبون مفرط لأنه كان يجب أن يوكل من يشتري له أو يبيع .

وإذا قلنا : له الخيار فلقوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ [٣] وقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا بعت فقل لا خلابة » [٤] ، ونهيه عن إضاعة المال [٥] ، وقوله : « لا ضرر ولا ضرار » [٦] ، ولأنه نوع من الغبن في الأثمان فجاز أن يتعلق به الخيار أصله تلقي الركبان ، ولأنه نقص بثمن المبيع [٧] والغبن فكان مؤثراً في الخيار كالعيب .

* * *

---

(١) المغبون : هو المنقوص في الثمن .

(٢) انظر : المدونة : ٣/٢٢ ، الكافي ص ٣٦١ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٨٨ .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : ما يكره من الخداع في البيع : ٣/١٩ ، ومسلم في البيوع ، باب : من يخدع في البيع : ٣/١١٦٥ .

(٥) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب : لا صدقة إلا عن ظهر غني : ٢/١٣٩ ، ومسلم في الأقضية ، باب : النهي عن كثرة المسائل : ٣/١٣٤٠ .

(٦) أخرجه ابن ماجه في الأحكام ، باب : من بنى في حقه ما يضر جاره : ٢/٧٨٣ ، ومالك مرسلاً : ٢/٧٤٥ ، وأحمد : ١/٣١٣ ، ٥/٣٢ .

(٧) المبيع : سقطت من (م) .

باب : [في الغش والتدليس في البيوع]

ومن أراد بيع سلعة له معيبة فعليه أن يبين ذلك ويُعلم المشتري به [1] لأنه إن كتمه ذلك فقد غشه والغش ممنوع في الدين .

وإنما قلنا : أنه غش لأن المشتري يدخل على مبيع سليم والبائع يعلم أنه لا يعلم بالعيب ، وإنه لا يدري إذا علم به هل يرضى أم لا ، فإذا كتمه فقد غشه (ولقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا تصروا الإبل والغنم » [2] ، فنهى عن التصرية لأنها غش وتدليس لأن المشتري يظن أن ذلك قدر حلابها ، وروي أن رسول الله) [3] صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاماً فسأله كيف يبيع فأخبره فأومأ إليه أن أدخل يدك فيه ، فأدخل يده ، فإذا هو مبلول فقال صلى الله عليه وسلم : « ليس منا من غش » [4] .

فصـل [١ - صحة البيع الذي فيه غش] :

إذا ثبت أن ذلك ممنوع فلا يمنع صحة البيع [5] خلافاً لمن ذهب إلى ذلك [6] لحديث المصراة ، وقوله : « من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٢٢١ ، التفريع : ٢/ ١٧٣ ، الرسالة ص ٢١٢ ، الكافي ص ٣٤٦ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٤٧) .

(٣) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٤) أخرجه مسلم في الإيمان ، باب : قول النبي ﷺ: « من غشنا فليس منا » (١/ ٩٩)

(٥) انظر : المدونة : ٣/ ٢٢١ ، التفريع : ٢/ ١٧٣ ، الرسالة ص ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ص ٣٤٦ .

(٦) وحكى عن أبي بكر عبد العزيز : أن البيع باطل ، لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد (المغني : ٤/ ١٥٩) .

أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر »[1] ، فأثبت له الخيار فدل أن العقد صحيح ، ولأن العيب ليس فيه إلا أنه نقص من المبيع ، وذلك لا يوجب الفساد كما لو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب فكانت تسعة .

فصـل [٢ - في أن العيب يثبت الخيار للمشتري] :

إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشتري في أن يردّ ويرجع بالثمن أو يمسك ولا شيء له ما دام[2] المبيع قائماً بحاله لم يفت ولم يتغير لقوله في حديث المصراة : « فمن ابتاعها فهو بخير النظرين »[3] فأثبت له الخيار ، ولأن المشتري إنما بذل الثمن ليحصل له المبيع سليماً ، فإذا أصابه معيباً فلم يرض ببذل الثمن في معيب ، فكان له رده ، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن ، فذلك له•إن اختار إمساكه والرجوع بأرش العيب حتى يحصل السلعة المعيبة[4] ببعض الثمن فليس ذلك له إلا برضى البائع .

وإنما قلنا ذلك لأن البائع دخل على أن يحصل له الثمن كله وتحصل السلعة للمشتري فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن ، ولأن المشتري لا يستحق الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه ، (وفي حديث المصراة « إن رضيها أمسكها[5] وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر »[6] ولم يجعل له إمساكها مع أخذ الأرش .

فصـل [٣ - إذا بذل البائع الأرش على ألا يرد] :

وإذا بذل البائع الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه لقوله صلى الله عليه وسلم : « فهو بخير النظرين »[7] ، فأثبت له الخيار وذلك ينفي الإجبار

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٤٧) .
(٢) في (ق) : فإذا .
(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٤٧) .
(٤) المعيبة : سقطت من (ق) .
(٥) ما بين قوسين سقط من (ق) .
(٦) ، (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٤٧) .

على أحدهما ، ولأنه يقول : إنما بذلت الثمن لتحصل لي سلعة سليمة كما أن البائع دخل علي أن له كل الثمن .

فصـل [٤ - سقوط الخيار إلى مال] :

وإنما قلنا : إن ذلك جائز مع تراضيهما خلافاً لمن منعه [(١)] لأن هذا الخيار [(٢)] قد سقط إلى مال لأن المبيع لو فات لكان للمبتاع الأرش فجاز إسقاطه الآن إلى مال كخيار القصاص ، ولأن الجزء الفائت لما لم يعاوض عليه وجب له الرجوع بما قابله ، فإذا تراضيا بذلك جاز ، وكيفية الرجوع بالأرش أن ينظر إلى قيمة السلعة سليمة من العيب ، فيقال : عشرون ديناراً فيقال : وكم تساوي مع العيب فيقال : ستة عشرة فيعلم أن العيب قد نقصها خمس قيمتها فيرجع على البائع بخمس الثمن ، لأن ذلك في مقابلة الجزاء الفائت ولا يرجع بمقدار ما نقص من القيمة لأن المعاوضة إنما [(٣)] كانت بالثمن لا بالقيمة ، وهذا كله إذا كان المبيع قائماً بعينه لم يفت ببعض وجوه الفوت ، فأما إن فات فليس له إلا أخذ الأرش لأن رده مع الفوت غير ممكن لأنه يوجب ألا يستبد المشتري بأخذ الثمن وألا يرجع المبيع إلى البائع وذلك غير جائز ونحن نذكر وجوه الفوت .

فصـل [٥ - إذا تصرف في المعيب بعد العلم بعيبه] :

وهذا كله إذا لم يتصرف فيه بعد علمه بعيبه ولم يظهر منه بتركه ، فإن تصرف فيه بعد العلم بالعيب مختاراً ، فذلك رضا منه بعيبه فليس له رد ولا أرش.

فصـل [٦ - في التصرف المضطر إليه في المعيب] :

وإن تصرف مضطراً مثل أن يشتري دابة معيبة ولم يظهر على عيبها إلا بعد أن

---

(١) قال أبو حنيفة والشافعي : ليس له إلا الإمساك أو الرد (انظر بدائع الصنائع : ٢٣٠٣/٧ ، المهذب : ٢٨٣/١) .

(٢) في (ر) : عند مالك .

(٣) في (ق) : إذا .

يسافر بها ، فلما علم عيبها لم يرض وأراد ردها ولم يجد بداً من ركوبها أو حمل متاعه عليها فعل ذلك مضطراً ففيها روايتان [١] :

إحداهما : أن ذلك مسقط لرده ، والأخرى : أنه لا يسقطه ، فوجه الأولى أنه تصرف مع العلم بالعيب كالتصرف مع الاختيار ، ولأن ضرورته لا تمنع سقوط ردها إذا تعلق بذلك حق غيره لأنه إنما تصرف لحظ نفسه ، ووجه الثانية أن المضطر في حكم المكره ولو تصرف مكرهاً لم يسقط خياره ، فكذلك مع الاضطرار .

فصــل [٧ - إذا ابتاع رجلان عبداً فوجدا به عيباً] :

إذا ابتاع رجلاً عبداً فوجدا به عيباً ، فإن اتفقا على رد أو إمساك فذلك لهما ، وإن أراد أحدهما الرد ، والآخر : الإمساك ، ففيها روايتان [٢] :

إحداهما : أن لمن شاء منهما أن يرد وهو قول ابن القاسم ، والأخرى : أنه لا يجب الرد مع اختلافهما وليس لهما تبعيض الصفقة على البائع وهو قول أشهب .

ووجه ثبوت الرد أنه بيع اجتمع [٣] في أحد طرفيه عاقدان فلم يتعلق رد المعيب في حق أحدهما برده فوجب [٤] في حق الآخر أصله إذا كان البائعان رجلين والمشتري واحداً ، ولأنه مبتاع وجد بما ابتاعه عيباً فلم يرض به ولم يفت، فكان له رده من غير اعتبار بغيره [٥] أصله إذا انفرد به ، ولأن هذا العقد في حكم الصفقتين بدليل أن جملة الثمن معلومة في الجملة ، وإن لم يعلم في حق كل واحد منهما ولو كان في حكم الصفقة الواحدة لم يصح .

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٢٩٤ - ٣٠٠ ، التفريع : ٢/ ١٧٤ - ١٧٥ ، الكافي ص ٣٤٨
(٢) انظر : المدونة : ٣/ ٣١٤ .
(٣) في (م) : اجتماع .
(٤) فوجب : سقط من (م) .
(٥) في (م) : من غير .

ووجه سقوط الرد أن فيه تفريق الصفقة على البائع ، وذلك إضرار به وخلاف لما دخل عليه ، ولأنه رد لمبيع [1] وجب لجماعة عن عقد بيع ، فوجب أن لا يملك أحدهم رد ما يخصه إلا برد الباقين أصله إذا ابتاع بالخيار شيئاً ، فمات فليس لورثته أن ينفرد أحدهم بالرد دون الآخرين .

فصـل [٨ - ادعاء أن بالمبيع عيباً] :

إذا ادعى المبتاع أن بالمبيع عيباً فلا يخلو من أحد أمرين : إما أن يعلم بالمشاهدة كالقطع وغيره من النقص في البدن ، أو أن لا يعلم بالمشاهدة كالسرقة والإباق والتزويج في العبد والأَمَة وما أشبه ذلك ، فإن كان مما يعلم بالمشاهدة لزمه إيقاف البائع عليه ثم ينظر ، فإن كان مثله لا يحدث عند المشتري ولا يكون إلا متقدماً على وقت الشراء فله الرد ولا مقال للبائع لأنه قد ثبت صدقه ، فإن ادعي البائع عليه الرضا فله أن يحلفه على ذلك إن لم يقم له بينة به ، إن حلف المشتري ثبت له الرد وإن نكل ردت اليمين على البائع ، فإن حلف سقط عنه الرد ، فإن نكل ثبت للمشتري وإن لم يدَّعِ البائع على المشتري الرضا لم يكن له إحلافه ولزمه رد[2] الثمن [3] .

فصـل [٩ - إذا كان العيب حادثاً] :

فإن كان مثله حادثاً مما يعلم أنه لم يكن في ملك البائع وأنه لم يحدث إلا بعد البيع ، فالقول قول البائع لأنه قد ثبت صدقه وكذب المشتري ، فإن كان مما يمكن حدوثه [4] عند البائع وحدوثه عند المشتري فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل السلامة ولزم البيع والمشتري يدعي ثبوت خيار واستحقاق فلا يقبل ذلك

---

(١) في (م) : يمتنع .

(٢) رد : سقطت من (ق) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٣٠٧ ، ٣١٣ ، التفريع : ٢/١٧٣ - ١٧٧ ، الكافي ص ٣٥٠

(٤) في (م) : وجوده .

منه إلا ببينة [١] وإلا حلف وسقط عنه الحكم ، فإن نكل حلف [٢] المشتري ، ووجب له الرَّد ، فإن نكل فلا شيء له وإن حلف رده على البائع هذا إذا كان العيب مشاهداً والأيمان هاهنا على البت دون العلم لأنه يوصل إلى اليقين فيه .

فصــل [١٠ - إذا كان العيب لا يعلم بالمشاهدة] :

وأما إن كان مما لا يعلم بالمشاهدة كالإباق والرقيق وغيره ، فلا يقبل من المشتري إلا ببينة وإلا حلف البائع ثم كان الحكم على ما قدمناه .

فصــل [١١ - إذا حدث عند المشتري عيب ثم ظهر عيباً كان عند البائع] :

فإن لم يظهر المشتري على العيب حتى تصرف في البيع تصرفاً ينقص منه أو حدث به عنده عيب آخر ، فإن البائع لا يخلو أن يكون دلس أو لم يدلس : فإن كان دلس للمشتري أن يطالبه بالأرش ويتمسك [٣] بالسلعة أو يرد ويرجع بالثمن ولا شيء عليه فيما تصرف فيه أو حدث به عنده إلا أن يكون في حكم ذلك المتلف فيكون ذلك فوتاً وذلك مثل أن يشتري ثوباً معيباً [٤] ، فلا يعلم به حتى يقطعه قميصاً أو سراويلاً أو غير ذلك مما يستعمل في مثله فله أن يرده ولا شيء عليه ولو مزقه أو أتلفه بتصرف الناس بمثله لم يكن له الرد وكان له الأرش ، وإن كان المبيع عبداً فتلف من ذلك العيب فللمبتاع الرجوع بالثمن ولا شيء عليه [٥] من تلفه ، فأما إن كان البائع لم يدلس فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يأخذ الأرش وإن شاء أن يرد وما نقص [٦] .

---

(١) في (م) : بعينه .

(٢) في (م) : أحلف .

(٣) في (م) : يمسك .

(٤) معيباً : سقطت من (ق) .

(٥) عليه : سقطت من (ق) .

(٦) انظر : المدونة : ٣/ ٢٩٤ ، التفريع : ٢/ ١٧٥ - ١٧٦ ، الكافي ص ٣٥٠ - ٣٥١

فصل [١٢ - دليل أن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد] :

وإنما قلنا : إن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [١] ، لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد من سلامة المبيع ، فكان له الرد إذا لم يرض بالإمساك أصله إذا لم يحدث عنده عيب ، ولأن الرد أحد نوعي الخيار الواجب للمشتري بالعقد فلم يمنعه حدوث العيب عنده كالإمساك وأخذ الأرش ، ولأنه نقص حدث بالمبيع فلم يمنع رده مع أخذ أرشه أصله حُلْبُ المصراة .

فصل [١٣ - في دليل أنه يمسك ويرجع بالأرش] :

وإنما قلنا : إن له أن يمسك ويرجع بالأرش خلافاً لمن قال : ليس له إلا أن يرد[٢] ، لأن الرَّد حق له والأرش حق له فلم يجبر [٣] على أحدهما .

وإنما قلنا في التدليس : إن المشتري مخير إذا تصرف في المبيع تصرفاً يجوز مثله رده ولم يلزمه أرش لأن ذلك رضا من البائع لأنه لمّا كتم العيب وهو يعلم أن المشتري يتصرف في المبيع ، ولا يعد ذلك منه رضا لأنه تصرف عن غير علم بالعيب ، كان راضياً به لأنه هو الذي سلطه عليه فلم يلزم المشتري أرش .

فصل [١٤ - الرد يكون مع النقص] :

وإنما قلنا : إنه إذا قطعه بما لا يقطع مثله لم يكن له رده إلا مع النقص لأن البائع لم يسلطه على ذلك لأنه دخل على أن يتصرف فيه تصرف مثله المعهود ، فإن تصرف فيه المشتري بمثل ما يتصرف في مثله فلا شيء عليه ، لأن البائع سلطه عليه فإن خرج عن العادة لم يكن له رده إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على ذلك ولا رضى به

---

(١) مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٢١ ، الأم : ٣/ ٦٨ .

(٢) قاله أبو حنيفة والشافعي (انظر مختصر الطحاوي ص ٧٧ ، ٨٠ ، والمهذب : ١/ ٢٨٣ - ٢٨٤ ، المغني : ٤/ ١٦٢) .

(٣) في (ر) : فلا يجبر .

فصل [١٥ - إذا مات العبد من ذلك العيب] :

(وإنما قلنا : إن العبد إذا مات من ذلك العيب فلا شيء على المشتري ، فلأن البائع قصد أخذ مال المشتري بغير حق لأنه لم يوفه المبيع سليماً بل دفع إليه ما لم يعاوض عليه ، فإذا لم يرضه لم يلزمه تلفه لأنه على ملك البائع حتى يعلم رضا المشتري .

فصل [١٦ - ليس للمبتاع رد المبيع إذا لم يدلس البائع] :

وإنما قلنا : إن البائع إذا لم يدلس فليس للمبتاع رد المبيع إذا تصرف فيه إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على التصرف) [١] ولا رضى به فلم يلزمه قبوله إلا مع الأرش ، وسواء في ذلك إذا كان لم يعلم بالعيب أو كان علم به وأنسيه.

فصل [١٧ - إذا وجد بالمبيع عيبان] :

وإذا وجد بالمبيع عيبان : أحدهما يعلم أنه قبل البيع ، والآخر يمكن [٢] فيه الأمرين ، فالرد للمشتري بالأول واليمين عليه لأن الآخر لم يحدث عنده لأنه لم يكن [٣] مدعى عليه استحقاق الأرش .

فصل [١٨ - الفوت الذي يصيب العبد من موت وزمانه وهرم غيره] :

موت العبد وزمانته وهرمه الذي لا يبقى معه انتفاع به وعتقه وتدبيره وكتابته واستيلاد الأمة على ذلك فوت والأصل فيه أن كل ما يتعذر معه الرد فوت وكل هذا إتلاف منه مشاهدة ومنه من طريق الحكم ، فأما البيع [٤] ، ففيه ثلاث [٥] روايات :

---

(١) ما بين قوسين : سقط من (ق) .

(٢) في (م) : ممكن .

(٣) في (م) : يكون .

(٤) في (م) : المبيع .

(٥) انظر : المدونة : ٣/٢٩٧ ، ٣٠٠ ، التفريع : ٢/١٧٤ ، ١٧٦ ، الكافي ص ٣٤٨، المقدمات : ٢/١٠٩ .

إحداها [1] أنه فوت ويرجع بالأرش على البائع وإن كان المشتري لم ينقص في الثمن كان له الأرش ، فإن كان قد نقص فالبائع الأول بالخيار إذا اختار أن يعطيه الأرش أو يكمل له رأس ماله .

والثانية : أنه لا شيء له إلا أن يرده [2] ، والثاني : أو يرجع إليه بشراء أو هبة أو غير ذلك وما لم يرجع إليه أو يرده الثاني فلا شيء له على الأول .

والثالثة : أنه إن كان نقص لأجل العيب رجع بقدر ما [3] نقص على البائع ، وإن لم ينقص فلا شيء له إلا أن يرجع إليه .

فوجه الأولى : أن المبيع إخراج له عن الملك ، فكان فوتاً كالعتق والصدقة ، وإما قلنا : أنه إن كان قد نقص فالبائع الأول مخير بين إعطائه الأرش وتكميل رأس المال ، لأن ردَّه غير ممكن ، والذي يلزم البائع تخليصه من العيب بأي الأمرين شاء ورجحنا في التخيير لأن جنبته أقوى بتعذر الرد .

ووجه الثانية : وهي أنه لا شيء له إلا أن يرد عليه أو يرجع إليه أن الرد غير ميئوس منه ، فلم يكن فوتاً كالرهن والعارية ، فإن عاد إليه كان له ردُّه لإمكان الرد بعد عوده .

ووجه الثالثة أنه إذا لم ينقص فلإطلاقه بينه وبين البائع ولا سيما [4] مع تعذر الرد ، والأقيس [5] من هذا كله أن يكون له الأرش لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد بالجزء [6] الفائت عنده .

---

(١) في (م) : أحدها .

(٢) في (ق) : يزده .

(٣) في (ق) : بما .

(٤) في (م) : وسيما .

(٥) في (ق) : وإلا فليس .

(٦) في (م) : بالجزاء .

فصل [١٩ - في حكم الإباق] :

الإباق فوت [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لأن رده يتعذر معه ويجعله في حكم الميئوس منه ، ولأن الإباق يوجب له القيمة في العيب وكذلك يجب أن يكون له الأرش في العيب .

فصل [٢٠ - في وطء المشتري للثيب] :

وطء المشتري للثيب لا يمنع الرد ولا يوجب عوضاً [٣] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أنه يمنع الرد [٤] لأن الفوت هو تلف المبيع أو تغير بدنه أو عينه [٥] أو أن يعقد عليه عقداً يخرجه عن الملك لا سبيل إلى رده وكل هذا معدوم لأنه استمتاع كالقُبْلة والوطء فيما دون الفرج ، ولأنها وطئت في ملك المبتاع كوطء الزوج والإكراه ، وخلافاً لابن أبي ليلى في قوله : إنه يردها ومعها مهر المثل [٦] ، لأنه وطء ملك فلم يستحق عليه عوض به أصله إذا فاتت ، ولأنه لم ينقص شيئاً منها كالاستخدام .

فصل [٢١ - في وطء المشتري للبكر] :

وطء البكر لا يمنع الرد خلافاً للشافعي [٧] ، لما بيناه أن حدوث العيب لا يمنع الرد وليس الافتضاض بأكثر من قطع بعض الأعضاء ، وإذا ثبت أن له أن يرد ، فإنه يردها وما نقصها كسائر العيوب .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/١٦٥ - ١٦٦ ، الكافي ص ٣٤٧ - ٣٦٣ ، المقدمات : ٢/٧٥.

(٢) انظر : مختصر المزني ص ٨٧ ، الإقناع ص ٩١ - ٩٢ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/١٧٤ - ١٧٥ ، الكافي ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٠ .

(٥) في (م) : أو غيبته .

(٦) انظر : المغني : ٤/١٦٣ - ١٦٤ .

(٧) انظر : الأم : ٣/٦٨ ، مختصر المزني ص ٨٣ .

فصل [٢٢ - وجوب الرد للمشتري إذا كان المبيع على حاله] :

قد بينا أن الرد واجب [١] للمشتري إذا كان المبيع على حاله [٢] لم ينم في يد المشتري ولا نقص ولا تغير عن [٣] صفته ، وسواء دلس به البائع أو نسيه ، وبينا أنه إذا حدث به عيب عنده ، فإن ذلك لا يمنع الرد ويرد معه ما نقصه العيب ، فأما إذا نمى فإنه لا يخلو النماء أن يكون منفعة أو عيباً ، فإن كان المنفعة مثل استخدام العبد وسكنى الدار أو إجارتها أو ركوب الدابة وما أشبه ذلك ، فإن هذا لا يمنع الرد بالعيب ولا شيء على المشتري فيما استعمل أو استعان ولا يلزمه رد شيء لأجله لأن هذا خراج والخراج به الضمان .

والأصل فيه ما روي ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف [٤] أنه ابتاع غلاماً فاستعمله ثم وجد به عيباً فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته ، فأخبره عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان [٥] ، فرد [٦] عمر قضاه وقضى لمخلد بردِّه الخراج إليه ولا خلاف في ذلك أعلمه .

فصل [٢٣ - الرد إذا كان النماء عيناً] :

فأما إن كان النماء عيناً فإنه يختلف ، أما ولادة الأَمَة ونتاج الماشية ، فإنما ترد مع الأمهات وثمرة النخل بخلاف ذلك يرد أصل النخل ولا يرد الثمرة ، (وقال أبو حنيفة : الولادة والنتاج والثمرة يبطل الرد ويوجب الأرش [٧] ، لأن هذه

---

(١) في (ق) : أوجب .

(٢) في (م) : حال .

(٣) عن : سقطت من (ق) .

(٤) **مخلد بن خفاف** بن إيماء بن رخصة الغفاري ، لأبيه وجده صحبة ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال ابن وضاح : مخلد مدني ثقة (تقريب التهذيب : ١٠/ ٧٤ - ٧٥) .

(٥) سبق تخريج الحديث .

(٦) في (ق) : مودة .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٠ - ٨١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٢١ .

الأشياء عنده عيوب وحدوث العيب يمنع على أصله الرد)[1] ، وقال الشافعي : يرد الأصل وحده في ذلك كله ولا يرد الفرع[2] .

فدليلنا على أبي حنيفة : أنه نماء يحدث في يد المشتري بعد العقد ، فلم يمنع الرد بالعيب أصله الغلة والكسب ، ولأن أكثر ما فيه أن يكون عيباً وقد بينا أن العيب[3] لا يمنع الرد ، ولأنهم قد وافقونا أن العبد إذا أفاد عند المشتري مالاً[4] بهبة أو التقاط أو ركاز ، فإن ذلك لا يمنع الرد بعيب إذا وجد به ، وكذلك ولادة الأَمَة لأنه لو كان منفعة لم يمنع الرد ، فكذلك إذا كان عيباً كنماء العبد .

ودليلنا على الشافعي في قوله : إن الولد لا يرد أن الأصول موضوعة على كل حكم لزم في رقبة الأم ، فإن الولد يتبعها فيه كولد أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل وقد ثبت أن حكم الرد لازم في رقبة هذه الأم المبيعة من وقت البيع ، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد وحكمه حكمها فيه لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد ، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده لأنها خراج وغلة لأنها ليست كخلق الأصل ، والولد ليس بخراج فإن كانت الثمرة في النخل وقت الشراء ردها مع الأصل .

فصـل [٢٤ – في بيع الأصول وفيها الثمر ، وبيع العبد له مال] :

إذا ابتاع أصل النخل وفيها ثمر ، فإن كان لم تؤبر فهو للمبتاع ، وإذا أراد رد الأصل كان حكمه حكم ما حدث عنده ، فإن كان قد أبر لزمه أن يرده مع الأصل عند ابن القاسم لأنه إذا أبر فليس بيع[5] بل كان واجباً للبائع إلا أنه جعل للمبتاع اشتراطه رفقاً به فسقط حق الثمر[6] .

---

(١) ما بين قوسين : سقط من هنا ، ثم ورد بعد قول الشافعي في (م) .
(٢) انظر : مختصر المزني ص ٨٦ – ٨٧ ، الإقناع ص ٩٤ .
(٣) في (م) : أنه .
(٤) مالاً : سقطت من (م) .
(٥) في (ق) : يبيع .
(٦) في (م) : الثمن .

وعند أشهب لا ترد الثمرة مع الأصل أبرت أو لم تؤبر لأنه بيع [1] وغلة ، فإن كان المشتري قد سقاها وأنفق عليها لزم البائع أن يعطيه ذلك كما لو سقاها أجنبي هذا إذا كانت الثمرة [2] قائمة ، فأما إن كانت الثمرة [3] قد فاتت نظر ، فإن كان بغير فعل منه فله أن يرد الأصل ولا شيء عليه كولد الأمة الحادث بعد العقد إذا مات ، ومال العبد مشترط معه إذا تلف أن له أن يرد الأَمَة والعبد ولا شيء عليه ، وإن أتلفها هو بأكل أو بيع فإنه يرد مثل مكيلتها عند مالك لأنها قد أخذت قسطها [4] من الثمن ، وله أجر السقي والعلاج لأنها كملت بسقيه ، وعند أشهب أنها غلة لا ترجع [5] مع الأصل اعتباراً بما لم يؤبر ، فأما إذا ابتاع غنماً فجزَّ أصوافها فينظر : فإن كان حين ابتاعها كان [6] عليها صوف تام فجزَّه فإنه يرده معها لأنه قد دخل في البيع ، وإن كان حدث عنده فليس عليه أن يرده معها سواء كان بيده أو قد فات هذا كله على قول ابن القاسم .

فأما أشهب فإنه يقول : لا يرد ذلك سواء كان موجوداً يوم الصفقة أو حدث بعدها لأنه تبع [7] ولغو ، فأما الألبان والسمون فإنها للمبتاع لأنها غلة فإن كان موجوداً يوم العقد لم يلزم شيء إذا رد عند ابن القاسم وأشهب لأنه بيع غير مقصود [8] بالبيع ، وإذا ابتاع عبداً وشرط ماله رده معه في العيب وليس له انتزاعه لأنه ليس بغلة ولا خراج ، وإن تلف عنده فلا شيء عليه وحكم ما أفاد من مال عند المشتري ما كان معه يوم العقد [9] .

---

(١) في (م) : بيع .

(٢) الثمرة : سقطت من (ق) .

(٣) الثمرة : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : قسطاً .

(٥) في (م) : لا ترد .

(٦) كان : سقطت من (م) .

(٧) في (م) : بيع .

(٨) في (م) : معقود .

(٩) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٣/٢٦٥ ، التفريع : ٢/١٤٦ و٢١٧ ، ٢١٨، الكافي ص ٣٣٥ - ٣٣٦ .

فصل [٢٥ - العيوب التي توجب الرد] :

الذي يوجب الرد من العيوب : كل عيب ينقص الثمن ويؤثر نقصاً في المبيع أو يخاف عاقبته ، وذلك كالجنون والجذام والبرص والعنين والخصاء والإفضاء [١] والدفر [٢] وبياض الشعر والبخر [٣] والإباق والزنا والسرقة وما أشبه ذلك [٤] ، ومنه ما يختص بالرائعة والمرادة للوطء كالحمل وغيره مما ذكرناه ، ومنه ما يعم كالجنون وغيره بحسب ما يعلم من العادة فيما تراد له الجارية أنه يؤثر فيه وينقص الثمن لأجله أم لا ، فأما عدم الخفاض فعيب في رقيق العرب لأن العادة أنهم يخفضون وليس بعيب في رقيق العجم لأنه يعلم أنهم لا يفعلونه وهذا مما يخص[٥] .

فصل [٢٦ - إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري] :

إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري نظر : فإن كان مما تتقي عاقبته فله رد العبد به ، وذلك كالزوجة في العبد والزوج في الأَمَة ، فإن الطلاق لا يسقط الرد فيهما ، وكذلك ما أشبهه مما لا يؤمن عوده أو ضرره ، وأما ما يؤمن ذلك فيه ، فإذا زال فلا رد له كالدين إذا قضاه ولم يكن في [سفه] [٦] .

* * *

---

(١) الإفضاء : هو أن يكون مسلك البول والحيض واحد (انظر الصحاح : ٦/ ٢٤٥٥).

(٢) الدفر - بالدال المهملة - : نتن الإبط وكذا الأنف (المعجم الوسيط : ١/ ٢١٨) .

(٣) البخر : نتن الفم (المعجم الوسيط : ١/ ٤٠) .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ١٧٦ ، الكافي ص ٣٤٨ - ٣٤٩ .

(٥) في (ق) : يختص .

(٦) طمس في (ق) و(م) .

باب : [في عهدة الرقيق [1]]

إذا اشترى عبداً أو أمة فعهدته ثلاثة أيام بلياليها ، فما أصابه فيها من حدث فمن البائع وإن شاء المشتري أخذه [2] بعيبه بجميع الثمن له ذلك ثم له عهدة السنة بعد عهدة الثلاث من ثلاثة أدواء وهي : الجنون والجذام والبرص ، فما حدث به من ذلك في السنة فالخيار للمشتري [3] في إمساكه أو رده فإن تلف منها كان من البائع [4] ، وهذا لما كان أهل المدينة يجرون أمرهم عليه واشترطوها في إبلهم ثم يبيتوا عليه [5] ، ولذلك قال مالك : لا يحمل عليها أهل الأمصار إلا أن يشترطوها [6] ، والكلام فيها إنما هو على تقدير بقاء ذلك اليوم بالمدينة ولو كان العرف جارياً به في بلادنا .

وقال أبو حنيفة والشافعي : كل عيب حدث بعد قبض المشتري ، أي عيب كان فهو منه [7] ، ودليلنا ما روى الحسن عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ : « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » [8] ، وروي قتادة عن الحسن عن

---

(١) عهدة الرقيق : هي بيع الرقيق على أن ضمانه في الثلاث من بائعه ولو بالسماوي (الفواكه الدواني ص ٩١) .

(٢) في (م) : أجازه .

(٣) في (م) : لمشتريه .

(٤) انظر : الموطأ : ٦١٢/٢ ، المدونة : ٣٣٣/٣ ، التفريع : ١٧٧/٢ ، الرسالة ص ٢١٦ ، الكافي ص ٣٥٢ .

(٥) حكى عمل أهل المدينة : المنتقى : ١٧٣/٤ ، البيان والتحصيل : ٣٤٨/٨ ، ترتيب المدارك : ٢٨/١ .

(٦) الموطأ : ٦١٢/٢ .

(٧) انظر : المبسوط : ٩٣/١٣ ، المهذب : ٢٥٨/١ .

(٨) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : في عهدة الرقيق : ٧٧٦/٣ ، وابن ماجه في =

النبي ﷺ : « لا عهدة بعد أربع »[1] ، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة نقلاً لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم في العهدة فقال : ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل النبي[2] ﷺ لحبان بن منقذ ، فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضي أخذه وإن سخط ترك[3] .

وقال محمد بن يحيى بن حبان[4] : ما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمر[5] : « وأنت بالخيار ثلاثاً »[6] ، وروي مالك عن عبد الله بن أبي بكر[7] : أن إيان بن عثمان[8] ، وهشام بن إسماعيل[9] كان يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الثلاثة الأيام من حين

= التجارات ، باب : عهد الرقيق : ٤/ ٧٥٤ ، وأحمد : ٤/ ١٥٢ ، والحاكم : ٢/ ٢١ ، والحديث رواه الحسن واختلف عليه فيه ، فمرة قال عن سمرة ومرة قال عن عقبة (مجمع الزوائد : ٣/ ١١٠) .

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات ، باب : عهد الرقيق : ٢/ ٧٥٤ ، وأبو داود في البيوع ، باب : في عهد الرقيق : ٣/ ٧٧٦ ، والبيهقي : ٥/ ٣٢٣ ، وأحمد : ٤/ ١٥٢ ، والحديث مختلف فيه أيضاً (مجمع الزوائد : ٤/ ١١٠) .

(٢) في (م) : رسول الله .

(٣) أخرجه البيهقي : ٥/ ٢٧٤ ، وتفرد بهذا الخبر ابن لهيعة .

(٤) **محمد بن يحيى بن حبان** : بفتح المهملة وتشديد الموحدة ، ابن منقذ الأنصاري ، المدني ، ثقة ، فقيه من الرابعة ، مات سنة إحدى وعشرين ومائة (تقريب التهذيب ص ٥١٢) .

(٥) والحديث ورد في : حبان بن منقذ وليس منقذ بن عمرو كما جاء في متن الكتاب .

(٦) أخرجه الحاكم : ٢/ ٢٢ ، والبيهقي في المعرفة ، والدارقطني : ٣/ ٥٤ .

(٧) **عبد الله بن أبي بكر** : بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري المدني ، ثقة من الخامسة ، مات سنة خمس وثلاثين ومائة (تقريب التهذيب ص ٢٩٧) .

(٨) **إيان بن عثمان** بن عفان الأموي ، أبو سعيد ، وقيل : أبو عبد الله مدني ، ثقة من الثالثة ، مات سنة خمس ومائة (تقريب التهذيب ص ٨٧) .

(٩) **هشام بن إسماعيل الدمشقي** : العطار ، أبو عبد الله ، الزاهد ، القدوة ، ثقة ، توفي سنة سبع عشر ومائتين (العبر : ١/ ٣٧٢) .

يشتري العبد أو الوليدة [1] ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبي الزناد [2] ، والزهري ورووه عن المشيخة السبعة [3] ، فأما عهدة السنة من الأدواء الثلاثة ، وإنها تكمن في البدن فتظهر في السنة ، فإذا ظهرت قبل كمال السنة علم أن أصلها كان عند البائع ، وإذا حدثت بعده علم أنها حدثت في ملك المشتري .

فصـل [١ - البيع بشرط البراءة] :

اختلف قول مالك في البيع بشرط البراءة [4] فعنه فيه ثلاث روايات [5] .

إحداها : أنه جائز ويبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه وكتمه واشترط البراءة منه ، وهذا في الرقيق دون غيره من الحيوان والعروض ، وهذه الرواية هي المعتبرة وعليها النظر .

والثانية : أن ذلك جائز في الرقيق وسائر الحيوان .

والثالثة : أن بيع البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا مما [6] يقف المشتري عليه ويريه إياه .

---

(١) الموطأ : ٦١٢/٢ .

(٢) أبو الزناد : عبد الله بن ذكوان القرشي ، أبو عبد الرحمن ، المدني ، المعروف بأبي الزناد ، ثقة ، فقيه من الخامسة ، مات سنة ثلاثين ومائة وقيل : بعدها (تقريب التهذيب ص ٣٠٢) .

(٣) يريد بذلك الفقهاء السبعة وهم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد ، وخارجة بن زيد ، وعبيد الله ، وسليمان بن يسار ، وأبو سلمة (انظر : الجواهر المضية : ٥٤٨/٤) .

(٤) البيع بشرط البراءة : عرفها ابن عرفة بقوله : ترك القيام بعيب قديم ، وقال ابن أبي زمنين : ترك القيام بكل عيب (انظر : حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع : ٢٧٢/٤ - ٢٧٣) .

(٥) انظر : الموطأ : ٦١٣/٢ ، المدونة : ٣٣٥ - ٣٣٧ ، التفريع : ١٧٩/٢ ، الكافي ص ٣٤٩ .

(٦) في (ق) : أن .

فوجه القول بأن شرط البراءة جائز قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [1] ، ولأن ابن عمر باع غلاماً له بثمان مائة درهم بالبراءة فقال المبتاع : به عيب لم تسمه ، فقال ابن عمر : « بعت بالبراءة فاختصما إلى عثمان فقضى عليه أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه [2] » موضع الدليل [3] أن ابن عمر باع بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان ، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا ينفع [4] ولم يخالف عليه أحد ، ولأنه شرط البراءة من عيب لم يدلس به ولا كتمه فأشبه إذا أراه إياه ، ولا يدخل عليه العروض لأنا اعتللنا للجواز في الجملة .

فصل [٢ - في عدم البراءة مما علم من العيوب] :

ودليلنا على أنه لا يبرأ مما علم خلافاً لأبي حنيفة [5] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا بعت فقل لا خلابة » [6] وهذا موجود في مسألتنا ، وما رويناه من حديث عثمان وابن عمر ، ولأنه عيب وجد بالمبيع لم يوجد رضا به ولا إبراء لبائعه على أنه عالم به ، فلم يلزم المشتري أصله إذا لم يشترط البراءة منه .

فصل [٣ - وجه التفرقة بين الرقيق وغيره] :

ووجه التفرقة بين الرقيق وغيره من الحيوان : أن الرقيق يقدرون على إخفاء ما بهم من العيوب وكتمانه ، فلا يصل المالك إلى علم ذلك فجُوِّز له البيع بالبراءة للأمارة الدالة على صدقه في عدم علمه بعيب إن كان به وسائر الحيوان بخلافهم لأنه لا قدرة فيها [7] على كتم عيوبها ، فالبائع والمشتري يتساويان في ذلك ، فلم يجز له البيع بالبراءة إلا ما يسميه له .

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٦١٣ .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٤) في (م) : لا تقع .

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٨١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني: ٢/٢٠ - ٢١ .

(٦) سبق تخريج الحديث ص ١٠٤٩.

(٧) في (م) فيهم .

ووجه التسوية بينهما : أن العيب قد يخفي ويستتر في الحيوان ، فلا يكاد يقف عليه إلا أهل الطب والبياطرة ، فجاز للمالك بيع البهيمة بشرط البراءة كجوازه في الرقيق .

ووجه قوله : أن شرط البراءة لا يبرأ مما يوجد فيها بعد نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [1] وهذا منه ، ولأنه شرط البراءة معني يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح مع الجهالة وإمكان التحرز في الغالب أصله الأجل ، ولأن منع ذلك حسم للباب ، ولأنه إذا وجد بالمبيع عيب أمكن أن يكون عالماً به فيجحد فيصير ذلك طريقاً إلى نفوذ حكم التدليس على المشتري وإلزامه إياه والأول أصح .

فصـل [٤ - في اشتراط البراءة من الحمل] :

شرط البراءة من الحمل جائز عندنا في الوخش [2] والتي لا تراد للوطء وغير جائز في المرتفعات [3] إلا في الحمل الظاهر [4] ، والفرق أن ذلك في المرتفعات غرر ، لأن الأمة المرتفعة المتخذة للتسري المرغوب فيها للحسن والجمال ينقص الحمل ثمنها ويضعها وضعاً بيناً وربما أتى على معظم قيمتها ، فإذا لم يكن ظاهراً فإن البائع والمشتري يدخلان على غرر ظاهر [5] لأنها إن لم تكن حاملاً فقد وضع البائع حقه خيفة [6] أن تكون حاملاً ، وإن كانت حاملاً فالمشتري قد دفع الثمن رجاء أن لا تكون حاملاً وكل ذلك غرر ، ولأن السنة مع الجواز [7] على المواضعة ، وعليه مضى السلف : إذا ظهر الحمل زال الغرر ودخل كل

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) الوخش : هي الدنية وصغار ورذالة الرقيق (انظر المصباح المنير ص ٦٥٢) .

(٣) المرتفعة : هي الجارية التي تراد للنكاح .

(٤) انظر : المدونة : ٣/٣٣٦ ، الكافي ص ٣٤٩ .

(٥) ظاهر : سقطت من (م) .

(٦) خيفة : سقطت من (م) .

(٧) في (ق) : بيع الجواري وهو خطأ .

واحد على بصيرة وعلم ما يزيده في الثمن وينقصه ، ولأنه لا موضع حينئذ للمواضعة ، فأما الوخش فإن الحمل لا يضع منهن ولا يبطل شيئاً من أثمانهن بل لعله يزيد فيها ، فجاز شرطه البراءة منه لقلة الغرر فيه .

فصـل [٥ - في كون العبد يملك] :

العبد يملك عندنا [١] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] ، لقوله تعالى : ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾ [٣] ، والفقر والغنى من صفات المالكين لأن من لا يصح عليه الملك لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر [٤] ، وقوله : ﴿ أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاماً فهم لها مالكون ﴾ [٥] ، فالمقصد من هذا التنبيه على الصانع تعالى وعمومه الحر والعبد كما أن التنبيه عام فيهما ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال » [٦] ، وهذه لام التمليك ، فهي محمولة على حقيقتها ، ولأنه آدمي حي كالحر ، ولأن الرق حال من أحوال الآدمي الحي فصح أن يملك معها كالحرية ، ولأن المملوكات ضربان : أعيان ، ومنافع ، وقد ثبت أن العبد يملك المنافع كوطء زوجته وغير ذلك ، فكذلك الأعيان ، ولأن من صح أن يملك في حال صح أن يملك في كل حال اعتباراً بالحر عكسه البهائم لما لم يصح أن تملك في حال لم يصح أن تملك في كل حال .

فصـل [٦ - في أن ملك العبد ناقص غير تام] :

إذا ثبت أنه يملك فإن ملكه ناقص غير تام ولا مستقر ليس له أن يتصرف فيه إلا

---

(١) انظر : التفريع : ٢/١٧٩ ، الكافي ص ٣٣٦ .
(٢) انظر : المهذب : ١/٢٦٧ .
(٣) سورة النور ، الآية : ٣٢ .
(٤) في (م) : والفقر .
(٥) سورة يس ، الآية : ٧١ .
(٦) أخرجه البخاري في المساقاة والشرب ، باب : الرجل يكون له مصر : ٣/٨١ ، ومسلم في البيوع ، باب : من باع نخلاً عليها ثمر : ٣/١١٧٣ .

بإذن سيده ، ولسيده انتزاعه منه ما لم يتعلق به حق للغير على ما نذكره في باب المأذون ، فإن باعه السيد وله مال : فإن شرطه المبتاع لكان للعبد بالشرط ، وإن سكت عن ذكره فهو للبائع لقوله صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » (1) ، وسواء كان عيناً أو عرضاً ، ثم يكون المشتري فيها كالبائع إن شاء أقره في يده وإن شاء انتزعه ، وله أن يطأ بملك اليمين إذا وهبه السيد أمة أو أذن له في ابتياعها .

فصـل [٧ - مال العبد المعتق] :

ومال العبد تابع له في العتق (٣) إلا أن يشترطه المالك لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق عبداً فماله له إلا أن يستثنيه سيده » (٤) ، فاختلف عنه في الوصية والهبة فعنه فيه روايتان (٥) :

إحداهما : أنه للواهب ، والأخرى : أنه تابع للعبد ، وإنما اختلف ذلك لاختلاف التعليل في البيع والعتق : فمن أصحابنا من علل البيع بأنه عقد معاوضة، فلذلك كان مالك العبد لمن خرج عن ملكه وعلل العتق بأنه إخراج الملك عن غير عوض ، فلذلك كان مال العبد تابعاً له ، فعلى هذا يجب أن يكون في الوصية والهبة المال للعبد دون الموصي والواهب ، لأنه خروج مالك من غير عوض كالعتق ، ومنهم من علل البيع بأنه خروج ملك إلى مالك (والعتق بأنه خروج ملك إلى غير مالك) (٦) ، فعلى هذا لا يكون في الهبة والوصية تابعاً للعبد لأنه خروج ملك إلى مالك .

---

(1) انظر : الموطأ : ٢/٦١١ ، التفريع : ٢/١٧٩ ، الرسالة ص ٢١٨ ، الكافي ص ٣٣٦ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) في (م) : بالعتق .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) انظر : الموطأ : ٢/٦١٢ ، الرسالة ص ١٨ .

(٦) ما بين قوسين سقط من (م) .

باب : [التفرقة في البيع بين الأَمَة وولدها]

لا يجوز التفرقة بين الأَمَة [1] وولدها في البيع ، ويفسخ ذلك إن وقع [2] خلافاً لأبي حنيفة [3] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا توله والدة عن ولدها» [4] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته [5] يوم القيامة » [6] ، ولأنه بيع منع منه لحق الله تعالى في أحكام المبيع ، فكان باطلاً أصله بيع الخمر .

فصـل [١ - في وقت جواز التفرقة بين الأَمَة وولدها] :

فإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضاً لأن المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يسقط بإسقاط الآدمي ، وفي حد التفرقة روايتان : الإثغار[7] لأنه يستقل عن ذلك بنفسه ولا يستضر بفراق أمه كالاحتلام ، والأخرى البلوغ لأنها حال صغر اعتباراً بما قبل الأثغار .

---

(١) في (ق) : الأم .

(٢) انظر : الموطأ : ٦١٦/٢ ، التفريع : ١٧٩/٢ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣٠/٢ - ٣١ .

(٤) أخرجه البيهقي : ٥/٨ ، حديث أبي بكر بسند ضعيف ، وأبو عبيد في غريب الحديث من مرسل الزهري ، ورواية عنه ضعيف والطبراني ، وابن عدي (انظر تلخيص الحبير : ١٥/٣) .

(٥) في (ق) : من أحبه .

(٦) أخرجه الترمذي في البيوع ، باب : في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع : ٥٨٠/٣ ، وأحمد : ٤١٣/٥ ، والدارقطني : ٦٧/٣ ، والحاكم : ٥٥/٢ ، وقال : صحيح على شرط مسلم .

(٧) الأثغار : هو إنبات الأسنان (لسان العرب : ١٠٣/٤) .

فصـل [٢ - في التفرقة بين الأب وولده] :

ويفرق بينه وبين الأب لأنه لا يستضر الطفل بمفارقة الأب كاستضراره بمفارقة الأم ، ولأن الأم أولى بذلك لأن حق الحضانة يثبت لها دون الأب .

فصـل [٣ - في عدم التفريق بين الأَمَة المسبية وبين ولدها] :

لا يفرق بين الأَمَة المسبية وبين ولدها لعموم الأخبار ، ولأن المعنى في المسبية وغيرها سواء ، ويقبل قولها في أنه ولدها لأنه لا ضرر عليها في ذلك إلا في التوارث فلا يقبل .

* * *

باب : [التصرية]

التصرية عيب وتدليس إذا قصد به البائع التدليس ، والمصراة هي : الشاة أو الناقة أو البقرة يجمع اللبن في ضرعها ليعظم [١] فيظن المشتري إذا حلبها أن ذلك قدر حلابها ، والتصرية في اللغة الجمع ، يقال : صريت الماء في الحوض إذا جمعته [٢] ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فأقبلت امرأته في صرة ﴾ [٣] ، قيل : جمع من النساء [٤] ، فمن ابتاع مصراة ثم علم بذلك بحلابها فهو بالخيار إن شاء أمسكها بعيبها وإن شاء ردها ورد صاعاً من تمر للبن الذي حلبه منها [٥] ، وقال أبو حنيفة : ليست التصرية بعيب ولا يثبت بها حق رد واللبن الذي في الضرع لا قسط له من الثمن [٦] .

ودليلنا أنها عيب قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو خير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من ثمر » [٧] ، ففيه أدلة : أحدها أنه نهى عنه ، فدل على أنها تدليس ، والثاني : أنه أثبت للمبتاع الخيار ، والثالث : أنه أوجب عليه إذا ردها صاعاً من تمر وعندهم لا يجب ، وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسطاً من الثمن، ولأن قيمة الشاة التي تحلب عشرة أرطال أكثر من قيمة الشاة التي تحلب خمسة

---

(١) ليعظم : سقطت من (ق) .

(٢) قال ابن فارس : الصاد والراء والحرف المعتل أصل واحد صحيح يدل على الجمع ، يقال : صرى الماء يصريه إذا جمعه (معجم مقاييس اللغة : ٣/٣٤٦) .

(٣) سورة الذاريات ، الآية : ٢٩ .

(٤) انظر : أحكام القرآن - القرطبي : ١٧/٤٦ .

(٥) انظر : المدونة : ٣/٢٨٧ ، المقدمات : ٢/١٠٢ ، الكافي ص ٣٤٦ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٧٩ .

(٧) سبق تخريج الحديث ص ١٠٤٧ .

أرطال والرغبة في إحداهما أزيد فصارت التصرية تدليساً [١] بالعيب ، فكان للمشتري أن يرد ، ولم يمنعه الحلب من الرد كما لو ابتاع ثوباً ، وقد دلس البائع فيه فلم يعلم حتى قطعه لكان له الرد .

فصـــل [١ - في البيع الفاسد] :

إذا ابتاع شيئاً بيعاً فاسداً فسخ البيع ورد الثمن على المبتاع : فإن تلف في البائع فتلفه منه لأنه على ملكه لم ينتقل عنه ، فإن قبضه المبتاع وتلف في يده فضمانه منه لأنه لم يقبضه على الأمانة ، وإنما قبضه لشبهة العقد فضمنه ، فإن كان مما له مثل ضمنه بمثله ، وإن كان مما لا مثل له ضمنه بقيمة يوم القبض لا يوم العقد لأنه لم يضمنه بالعقد فيعتبر يوم العقد ، وإنما يضمن يوم العقد ما يكون عقده صحيحاً لا فاسداً ، وإن كان المبتاع استغله [٢] واستخدمه لم يلزمه شيء لذلك ، لأن الضمان منه فكان الخراج له ، والعتق فوت لأنه لا يمكن رده معه لأنه ينفذ في شبهة العقد كنفوذه في العقد الصحيح لقوته وتغليبه ، وحوالة الأسواق فوت لأن فيه ضرراً على البائع أن تؤخذ السلعة منه وهي تساوي مائة وترد عليه وهي تساوي عشرين ، والعيوب في البدن فوت أيضاً .

وقد اختلف أيضاً [٣] عنه هل هذا حكم جميع المبيعات الفاسدة أو حكم نوع منها ، فعنه في ذلك روايتان [٤] :

إحداهما : أنه حكم جميعها وهي رواية ابن نافع ، والأخرى أنه ما اتفق على فساده وتحريمه كالربا والغرر وغير ذلك ، فأما ما اختلف في تحريمه فإنه إذا مات أمضى بالثمن .

---

(١) في (م) : عيباً .

(٢) في (ق) : استعمله .

(٣) أيضاً : سقطت من (م) .

(٤) انظر : المدونة : ٣/٢٠٦ - ٢٠٩ ، التفريع : ٢/ ١٨٠ ، الرسالة ص ٢١٥ ، الكافي ص ٣٥٤ - ٣٥٧ ، المقدمات : ٢/ ٦١ - ٦٥ .

فوجه الأولى : أنه مبيع فاسد كالربا ، ولأن الاتفاق لا مزية له على الاختلاف في الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم الحاكم .

ووجه الثانية : أن الاختلاف يقتضي شبهة للقابض ، فكان الثمن أولى من القيمة لأن الثمن متفق عليه مع الشبهة التي ذكرناها ، وكان الفوت مشبهاً بحكم الحاكم بصحته والأول أقيس .

فصـل [٢ - في تقسيم البيع الجائز إلى مساومة ومرابحة] :

البيع جائز مساومة ومرابحة ، فالمساومة : ألا يخبر برأس ماله بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافقه المبتاع عليه من مقدار الثمن ، والمرابحة : أن يخبر برأس ماله[١] ، ويلتمس الربح على حساب معلوم مثل أن يقول : رأس مالها مائة ويبيعها [٢] بربح كل عشرة واحداً أو اثنين أو غير ذلك مما يلتمسه ، وكل جائز[٣] لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [٤] ، ولأن الغرض أن يكون الثمن معلوماً ، فعلى أي وجه أوقعه جاز ، وإذا ثبت هذا فقد ينفرد رأس المال من شيء يتبعه وقد ينضم إليه شيء يتبعه كالقصارة والخياطة والسبغ والطي والشد والسمسرة والكراء وغير ذلك ، فإن انفرد رأس المال عن شيء يتبعه [٥] لم يلزم سواء وما قدر من الربح له ، وإن انضم إليه شيء من ذلك لم يخل من أحد أمرين :

إما أن يخبر البائع [٦] برأس المال وما لزمه ويشترط ضمه إلى رأس المال

---

(١) في (ق) : برأس المال .

(٢) في (ق) : وأن يبيعها .

(٣) انظر : الموطأ : ٢/٦٦٨ - ٦٦٩ ، المدونة : ٣/٢٤٤ - ٢٥٠ ، التفريع : ٢/١٨١ ، الكافي ص ٣٤٤ - ٣٤٥ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٥) عن شيء يتبعه : سقطت من (ق) .

(٦) البائع : سقطت من (ق) .

وطلب الربح للكل ، فهذا يكون له ما اشترطه ، لأن المشتري قد رضى بذلك ، وكأن البائع قال ابتداء : لا أبيعها إلا بكذا فرضي المبتاع فيجوز .

وأما أن يطلق العقد ويسكت عن اشتراط ضم هذه التوابع إلى رأس المال وعن اشتراط ربح لها ، فهذا ينظر فيه : فيضم إلى رأس المال كل ما له عين قائمة في المبتاع مثل القصارة والخياطة والصبغ والطرز ، ويحسب لها بقسطها من الربح لأنها جارية مجرى أصل المبتاع ، وما عدى ذلك من شدٍ وطي وسمسرة ، فلا يضم إلى رأس المال فلا يحسب له ربح لأنه ليس بمؤثر في المبتاع ولا المبتاع مضطر إليه حتى يمكن حصوله إلا به لأن التاجر يفعله ترفيهاً لنفسه عن التعب ، فليس له أن يلزم بذلك المبتاع مؤنة زائدة إلا أن يعلم أن شراء ذلك المتاع لا يمكن أن يتولاه من يشتريه إلا بوسيط وسمسار ، والعادة جارية بذلك فيحسب في رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليست له عين قائمة مؤثرة في المتاع ، ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد ، فأما كراء المنزل [1] ، فإن كان التاجر اكتراه ليسكنه ويأوى فيه إلى وقت انصرافه فالمتاع تبع [2] ، فلا يحسب النفقة على نفسه طول مقامه ، وإن كان اكتراه ليحرز المتاع فيه ولولا ذلك لم يحتج إليه ، فإنه يحسب بغير ربح يضرب له على ما ذكرناه .

* * *

(١) فأما كراء المنزل : سقط من (م) .

(٢) في (م) : بيع .

باب : [إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن]

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن : ففيها ثلاث روايات (١) :

إحداها : أن التحالف والتفاسخ واجب بينهما على أي وجه كان سواء كانت السلعة في يد البائع أو المشتري باقية أو تالفة إلا أن يرضى المشتري أخذها بما يدعيه البائع وهو قول أشهب والشافعي (٢) .

والثانية : أنه إن كانت السلعة لم تقبض تحالفاً تفاسخاً ، وإن كانت قد قبضت فالقول قول المشتري مع يمينه وهي رواية ابن وهب .

والثالثة : أن السلعة إن كانت باقية لم تفت ولا تغيرت في بدن ولا سوق وإن كانت قد قبضت فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن تلفت أو تغيرت بما ذكرناه ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، وهذه رواية ابن القاسم وهو قول أبي حنيفة (٣) .

فوجه قوله : إنهما يتحالفان ويتفاسخان على كل وجه قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويترادان » (٤) ، وروي : «يتحالفان ويتفاسخان » (٥) فعم ولم يخص ، ولأن الاختلاف في ثمن المبيع

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٢٤٥ ، التفريع : ٢/ ١٨٢ ، الكافي ص ٣٤٥ .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ٨٦ - ٨٧ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص٨٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٣٢ - ٣٣ .

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع ، باب : إذا اختلف البيعان : ٣/ ٧٨٣ ، والنسائي في البيوع ، باب : خلاف المتبايعان في الثمن : ٧/ ٢٦٦ ، وابن ماجه في التجارات ، باب : البيعان يختلفان : ٢/ ٧٣٧ ، والترمذي في البيوع ، باب : ما جاء إذا اختلف البيعان : ٣/ ٥٧٠ ، وأخرجه الحاكم : ٢/ ٤٥ ، وقال : صحيح الإسناد .

(٥) في (م) : تحالفا وتفاسخا .

يوجب التحالف أصله قبل القبض ، ولأنه لما كان القول قول المالك في أصل البيع إذا قال بعتكها ، وقال الآخر : وهبتنيها ، كان القول قوله أيضاً في صفة ذلك الشيء ما أمكن .

ووجه اعتبار القبض دون الفوات أن الأصول موضوعة على أن اليمين في جنبة أقوى المتداعيين سبباً ، والمشتري بعد القبض أقوى سبباً لما دفع إليه السلعة وائتمنه عليها إذا لَمْ يُشهد عليه ويتوثق منه وجب أن يكون القول قوله كما كان للذي الشيء في يده من المتداعيين القول مع يمينه .

ووجه اعتبار الفوات والتغيير قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ، فإن استهلكت ، فالقول قول المشتري » ، وروي : «والسلعة قائمة تحلفاً وتراداً » [(١)] ، ولأن التحالف سبب يثبت به فسخ البيع فسقط بتلف المبيع كالإقالة ، ولأنا لو أوجبنا التحالف في هذا الموضع لكنا قد أوجبنا على المشتري القيمة ، وربما كانت أضعاف ما يدعيه البائع من الثمن فيكون قد ألزمناه ما لم يدعه عليه خصمه .

فصـل [١ - صفة المسألة السابقة] :

إذا ثبت هذا فصفة المسألة على الروايات [(٢)] الثلاث : أن الاختلاف لا يخلو أن يكون قبل القبض أو بعده : فإن كان قبله فإنه يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين فيحلف أنه لم يبع السلعة إلا بما ادعاه ، فإن حلف قيل [(٣)] للمشتري : إما أن تحلف على ما أدعيت ويفسخ البيع بينكما وإلا ألزمناكما بما حلف البائع عليه : فإن حلف سقط عنه ما ادعاه البائع وفسخ العقد ، فإن نكل لزمه البيع

---

(١) أخرجه الدارقطني : ٣/ ٢١ ، لكن فيه من لا يعرف ، وانظر تخريج الأحاديث السابقة ، وقال الحافظ ابن حجر : أن رواية التحالف لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث (تلخيص الحبير : ٣/ ٣١) .

(٢) في (م) : على الصفات .

(٣) في (م) : قبل .

بيمين البائع ويكون له بما يدعيه البائع نكل البائع أولاً نقلت اليمين إلى المشتري ، فإن حلف وجبت له ما يدعيه ، فإن نكل فاختلف فيه : فقيل : يترادان ، وقيل : يكون القول قول البائع .

فوجه التراد أنهما قد استويا في الحال كما لو حلفا لأنه ليس أحدهما أرجح من الآخر .

ووجه ترجيح البائع أنه أقوى سبباً من المشتري لأن المشتري قد أضعف نفسه بنكوله هذا كله إذا كانت السلعة لم تقبض ، فأما إذا قبضت فعلى رواية اعتبار القبض تعرض على المشتري ، فإن حلف وجبت له حلف باليمين وقوة السبب ، وإن نكل ردت اليمين على البائع ، فإن حلف ثبت له ما يدعيه بنكول المشتري ويمينه ، وإن نكل فقد ذكر الخلاف وترتيب الرواية الأخرى على مثل هذا .

فصل [٢ - إذا كان الاختلاف في البيع] :

وإن كان الاختلاف في البيع فادعى البائع أنه حال وادعى المشتري التأجيل فينظر [١] : فإن كان العرف جارياً في موضعهما بأن ذلك النوع لا يباع إلا نقداً لا نساء فاليمين على مدعي العرف لقوة سببه والقبض غير مؤثر ، فإن كانا لم يفترقا: فقيل : القول قول البائع (لأن العرف لا يثبت حال التبايع لأن تقدم النقد على العقد وتأخره على وجه واحد ، وقيل : القول قول المشتري) [٢] ، لأن العرف في الجملة شاهد له ، فأما إن لم يكن لذلك [٣] النوع المبيع عرف من تعجيل أو غيره وادعى المشتري أجلاً بشبهه ، فقيل القول قول المشتري مع يمينه بعد القبض كالاختلاف في المقدار ، وهذه رواية ابن وهب ، وقيل : القول قول

(١) في (ق) : فانظر .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) في (م) : في ذلك .

البائع كهو قبل القبض ، وإن تصادقا في الأجل واختلفا في مدته فالقول في الاختلاف في مقدار الثمن سواء ، فأما الاختلاف في عين الثمن وجنسه فإنهما يتحالفان ويترادان والقبض لا يؤثر لأن [1] عين الثمن لا يقع فيها ائتمان وفيه نظر، وفروع هذا الباب تطول [2] .

* * *

---

(١) لا يؤثر القبض لأن : سقطت من (م) .

(٢) انظر : الكافي ص ٣٤٠ - ٣٤١ .

باب : [في الاستبراء]

ومن وطيء أَمَة ثم أراد بيعها فعليه أن يستبرئها [1] قبل البيع ، وعلى المشتري أن يستبرئها قبل أن يطأها [2] ، وقال أبو حنيفة والشافعي : الاستبراء على المشتري ويستحب للبائع [3] ، وحكي عن عثمان البتي [4] أنه يلزم البائع ولا يلزم المشتري [5] ، ودليلنا على وجوبه على البائع أنه إذا وطئها جاز أن تكون حاملاً من ذلك الوطء فيكون بائعاً لولده ومدخلاً للشبهة في النسب لأن المشتري قد يبادرها فيطأها قبل الاستبراء [6] ، ولأنه أحد المتبايعين فلزمه كالمشتري ، ولأن المشتري إنما لزمه الاستبراء لحفظ مائه لئلا يدخل ماء على ماء غيره ، فالبائع يلزمه من حفظ مائه ما يلزم المشتري .

فصل [١ - دليل وجوب الاستبراء] :

ودليلنا على وجوبه على المشتري خلافاً للبتي قول النبي ﷺ : « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض » [7] ، وقوله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) الاستبراء في اللغة : الاستقصاء والبحث عن كل أمر غامض ، وشرعاً : الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب (الفواكه الدواني : ٢/ ٦١) .

(٢) انظر : المدونة : ٢/٣٤٥ - ٣٤٦ ، التفريع : ٢/١٧٨ ، الرسالة ص ٢٠٧ - ٢٠٧ ، الكافي ص ٣٠٠ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٠ ، مختصر المزني ص ٢٢٥ .

(٤) **عثمان البتي** : هو أبو عمر وعثمان بن مسلم البتي ، فقيه البصرة ، حدث عن أنس ابن مالك والشعبي ، عابوا عليه الإفتاء بالرأي ، (ت ١٤٣ هـ) (سير أعلام النبلاء : ٦/١٤٨ ، تقرب التهذيب ص ٣٨٦) .

(٥) انظر : المغني : ٧/٥٠٩ .

(٦) في (م) : أن تستبريء .

(٧) سبق تخريج الحديث ٩٤٤ .

«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » [1] ، ولأنه لا يأمن أن تكون حاملاً فيكون بوطئه مدخلاً للشبهة في النسب فلزمه الاستبراء ، وكذلك لا يحل له توابع الوطء من اللمس للذة والقبلة لأن حالها مترددة بين أن تكون مملوكة له وهو أن لا يظهر بها حمل وبين أن تكون أم ولد لغيره .

فصــل [٢ - بم يكون الاستبراء ؟] :

والاستبراء حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم : « حتى تحيض » [2] فأطلق ، ولأن الغرض براءة الرحم ، وذلك يحصل بالمرة ، وتفارق الحرة لأن الزيادة لحرمة الحرية ، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز لأن الغرض يحصل ، ويستحب أن توضع على يدي امرأة من عدول النساء لأن ذلك أَصْوَن لها وأحفظ ، ويكره أن تكون عند المشتري لئلا يتعجل بوطئها .

فصــل [٣ - إذا وطئت الأَمَة المبيعة قبل أن تستبرأ] :

إذا وطيء الأَمَة سيدها ثم باعها قبل أن يستبرئها فوطئها المشتري قبل أن يستبرئها [3] فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء الأول أو الثاني نظر إليه القافة ، فبأيهما ألحقوه لحق فإن ألحقوه ببائعها انفسخ بيعها ، وإن ألحقوه بمشتريها لم يبعها ، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لوطء [4] الثاني وهو لستة أشهر من وطء الأول فهو للأول دون الثاني [5] .

وأما ولد الزوجة فالظاهر من قول مالك أنه لا يحكم فيه بالقافة ، وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي يعقوب الراوي أن ابن وهب روى عن مالك أنه

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ٩٤٤ .

(٢) سبق تخريج الحديث ص ٩٤٤ .

(٣) في (م) : يشتري .

(٤) في (م) : من وطء .

(٥) انظر : الموطأ : ٧٣٩/٢ - ٧٤٠ ، المدونة : ٣٤٧/٢ - ٣٥٩ ، التفريع : ١٧٨/٢ ، الكافي ص ٣٠٠ .

يحكم فيه بالقافة كولد الأَمَة [١] ، وقد بينا أن الحكم بالقافة إنما هو في وطء الرجلين الأمة في طهر واحد إذا أتت به لما يتشبه أن يكون منهما [٢] ، وعند أبي حنيفة أن الحاكم بالقافة باطل ولا يراعى الشبه ، قال : فإذا تنازع الولد رجلان لحِق بهما وكان ابناً لهما يرثانه ويرثهما وكذلك عشرون وثلاثون رجلاً لو ادعوه إن أمكن ذلك [٣] .

وقال الشافعي : يحكم القافة في ولد الأَمَة والحرة [٤] ، ودليلنا على وجوب الحكم بالقافة ما روي عن عائشة أنها قالت : دخل رسول الله ﷺ تبرق أسارير وجهه ، فقال : ألم ترى إلى مجزز المدلجي [٥] ، نظر إلى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض [٦] .

فوجه الدلالة [٧] : أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة لأنه كان أسود وكان زيد أبيض ، وكان ذلك يشق على رسول الله ﷺ فسُرَّ بقول مجزز لكونه قائفاً عارفاً بالأنساب ، ولو كان ذلك ظناً وتخميناً [٨] لا يتعلق به حكم لم يسر به ، ولأنكَرَ على مجزز إخباره به كما ينكر [٩] كلما يذكر من أمر الجاهلية

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٣٥٨ .

(٢) في (م) : منها .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/٢٥.

(٤) انظر : مختصر المزني ص ٣١٧ - ٣١٨ ، المهذب : ٢/١٢١ .

(٥) **مجزز المدلجي** : هو والد علقمة بن مجزز ، وسمي مجززاً لأنه كان إذا أخذ أسيراً في الجاهلية جز ناصيته وأطلقه ، وكان عارفاً بالقيافة وكان فيمن شهد فتح مصر (فتح الباري : ١٢/٥٧) .

(٦) أخرجه البخاري في الفرائض ، باب : القائف : ٨/١٢ ، ومسلم في الرضاع ، باب : العمل بإلحاق القائف الولد : ٢/١٠٨١ .

(٧) في (م) : موضع الدليل .

(٨) في (م) : وحدساً .

(٩) كان ينكر .

وأحكامها مما ليس في شرعه إقراره ، ويدل على أن اعتبار الشبه في اضطراب النسب واجب حديث سعد [١] وعبد بن زمعة [٢] لما تنازعا الولد فادعاه سعد لأخيه وادعاه سعد بن زمعة لأبيه ، فحكم النبي ﷺ به لصاحب الفراش وهو زمعة ، ثم قال لسودة [٣] : « احتجبي منه » [٤] لما رأى من شدة شبهه بعينه مع ثبوت الأخوة بينهما وبين هذا الولد ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم في قصة هلال بن أمية : « إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك » ، فجاءت به على النعت المكروه ، فقال : « لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن » [٥] فدل على أن الشبه معتبر في إلحاق النسب ونفيه ، وروي عن عمر وأنس الحكم بالقافة [٦] ، وهو عمل أهل المدينة المنتشر بينهم ، ولأن حقيقة النسب من الأب لا يعلمها إلا الله تعالى أو من أطلعه الله عليه ، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر ، ووجدنا القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذلك ، فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل في السلع المتلفات ، ولأهل الحرز مدخل في الخرض في الزكوات وغيرها .

---

(١) **سعد بن أبي وقاص** : مالك بن وهب بن عبد مناف بن زهر بن كلاب الزهري ، أبو إسحاق أحد العشرة ، وأول من رمى بسهم في سبيل الله ، مات بالعقيق سنة خمس وخمسين وهو آخر العشرة وفاة (تقريب التهذيب ص ٢٣٢) .

(٢) **عبد بن زمعة** : ابن الأسود بن عبد المطلب بن أسد القرشي ، صحابي ، مشهور ، استشهد يوم الدار مع عثمان (تقريب التهذيب ص ٣٠٣) .

(٣) **سودة** : بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس العامرية ، أم المؤمنين ، تزوجها النبي ﷺ بعد خديجة وهو بمكة ، وماتت سنة خمس وخمسين على الصحيح (تقريب التهذيب ص ٧٤٨) .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع ، باب : تفسير المشبهات : ٣/ ٥ ، ومسلم في الرضاع ، باب : الولد للفراش وتوقي الشبهات : ٢/ ١٠٨٠ .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ٨٩٨ .

(٦) عبد الرزاق : ٧/ ٣٦٠ ، وابن أبي شيبة : ٢/ ١٨٧ .

فصـل [٤ - في الدليل على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد] :

ودليلنا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى : ﴿ وورثه أبواه﴾ (١) ، وقوله : ﴿ أن اشكر لي ولوالديك ﴾ (٢) ، وقوله : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حسناً ﴾ (٣) ، ولأن استحالة ذلك في الشرع جار مجرى استحالة الأمر من طريق المشاهدة .

فصـل [٥ - في منع الحكم بالقافة في ولد الحرة] :

فأما منع ذلك في ولد الحرة فلأن الحكم بالقافة لا يثبت بالقياس ولم يرد في الحرة شرع ، ولأن الحرة لا يتساوى فيها الوطئان في الفراش لأنها لا بد أن تكون فراشاً لأحدهما دون الآخر إذ لا يجوز أن يكون فراشاً لهما جميعاً ، فيلحق الولد لصاحب الفراش ، وليس كذلك الأَمَة لأنه قد يستوي حكم الواطئين من جهة الملك لأنها إذا كانت بين شريكين فهما يتساويان (٤) في الملك ويشتريها واحد بعد واحد ، فيقع العقد صحيحاً ، فلذلك احتجنا إلى الترجيح ، واعتباره من الطريق الذي يعتبر منه وبالله التوفيق .

* * *

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٢) سورة لقمان ، الآية : ١٤ .

(٣) سورة العنكبوت ، الآية : ٨ .

(٤) في (م) : متساويان .



كتاب الإجارات

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على محمد)[1] ، الأصل في جواز الإجارة[2] في الجملة[3] خلافاً لمن لا يعتد له[4] ، قوله تعالى : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ﴾[5] ، فنص على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع ، وقوله في هذه القصة : ﴿ يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين ﴾[6] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : «أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »[7] ، وقوله : « ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة فذكر رجل استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يوفه أجره »[8] ، ولأن بالناس حاجة إلى تمليك[9] المنافع كحاجتهم إلى تمليك الأعيان ، ولأنه

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) الإجارة في اللغة : من الأجر وهو الثواب والأجرة الكراء ، وفي الاصطلاح : هي بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشيء عنها بعضه يتبعض بتبعيضها (انظر : الصحاح : ٢/١٧٦ ، حدود ابن عرفة ص ٣٩٢) .

(٣) انظر : المدونة : ٢/٣٨٦ - ٣٩٠ ، التفريغ : ٢/١٨٣ ، الرسالة ص٢١٨ ، الكافي ص ٣٦٨ .

(٤) يحكي ذلك عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال : لا يجوز ذلك (انظر : المغني : ٥/٤٤٣) .

(٥) سورة القصص ، الآية : ٢٧ .

(٦) سورة القصص ، الآية : ٢٦ .

(٧) أخرجه ابن ماجه في الأحكام ، باب : أجر الأجراء : ٢/٨١٧ ، وفيه عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، وأصله في صحيح البخاري (انظر نصب الراية : ٤/١٢٩ ، مجمع الزوائد : ٤/١٠٠) .

(٨) أخرجه البخاري في الإجارات ، باب : إثم من منع أجر الإجراء : ٣/٥٠ .

(٩) في (م) : تملك .

إجماع السلف والخلف على مر الأعصار قبل خرق من خرقه ، فلا يعتد بخلافهم فيه [1] .

فصـل [١ - الإجارة على منافع الأعيان] :

الإجارة هي عقد معاوضة على منافع الأعيان [2] ، ولا تخلو المنافع من أحد أمرين : إما أن تكون معلومة الجنس كخياطة الثوب وبناء الحائط وركوب الدابة وسكنى الدار وما أشبه ذلك ، وغير معلومة مثل خدمة العبد وما في معناها .

فالقسم الأول لا يحتاج إلى ضرب أجل لأنه مستغنى بالعلم بجنسه عن أن يعلم بأجل يحصره .

والقسم الثاني يحتاج إلى أصل ينضبط به [3] ، لأنه غير معلوم في نفسه ، ألا ترى أن خدمة العبد تختلف فتكون في خبز ، أو طبخ أو خدمة دابة أو شراء حاجة أو غير ذلك مما يستخدم في مثله الإجراء ، فلو لم ينضبط بمدة محصورة لدخل المنافع المستأجرة عليها الجهل والغرر فاحتيج لذلك إلى ضرب مدة تضبط بها[4] .

فصـل [٢ - في إجارة الدور والأرضين والحوانيت وغيرها] :

تجوز إجارة الدور والأرضين والحوانيت والثياب والدواب والرقيق وأواني الحديد والخشب وغير ذلك من العروض .

ويجوز عقد الإجارة على كل منفعة يستباح تناولها ويجوز لمالكها منعها وبذلها: كخياطة الثوب وبناء الحائط والصياغة والقصابة والصبغ وسائر الصنائع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع [5] .

---

(١) انظر : بداية المجتهد : ٢/٢١٨ ، المغني : ٥/٤٣٣ ، نيل الأوطار : ٥/٢٨١ .

(٢) في (م) : الإجارة في عقد معاوضة على منافع الأعيان جائزة .

(٣) في (م) : ليضبط به .

(٤) انظر : التفريع : ٢/١٨٥ - ١٨٦ ، الرسالة ص ٢١٨ ، الكافي ص ٣٦٨ .

(٥) فيما تجوز إجارته انظر : المدونة : ٣/٣٨٦ - ٤٠٠ ، التفريع : ٢/١٨٣ - ١٨٥ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٨ - ٣٦٩ .

فصل [٣ - في إجارة الأعيان] :

تجوز إجارة الأعيان كالدور والرقيق وغيرها على ثلاثة أوجه :

أحدها : على مدة معلومة معينة مثل : أن يقول استأجرت منك هذه الدار سنة أو سنتين أو لها يوم كذا وانتهاؤها وقت كذا لأن هذا حصر للمنافع المعقود عليها بمدة (١) تفوت بفواتها ويلزم المستأجر رفع يده عند تقضيها ، ونظيره في بيوع الأعيان : أن يقول ابتعت منك هذا الثوب أو ما في هذه الرزمة من الثياب وقد شاهدها وعرفها فيجوز ذلك ، والثاني أن يذكر المدة ولا يحدها (٢) من أي وقت يكون ، فيقول : استأجرت منك هذه الدار شهراً بدينار ولا يبين أي شهر هو فيصح عندنا ويكون من وقت العقد (٣) خلافاً للشافعي في قوله : إنه لا يصح إلا أن يبين أوله (٤) ، لأن الإطلاق في هذا محمول على العرف والعرف جار بين الناس في بياعاتهم وإجارتهم ومعاملاتهم أنهم إذا أطلقوا الأجل ، فالمراد به من وقت العقد ، ألا ترى أن من باع من رجل ثوباً بدينار إلى شهر فإنه يحمل على أن ابتداءه (٥) من وقت العقد ، وكذلك إذا أسلم إليه بشيء في ذمته وقدر الأجل ولم يعينه ، فإنه يكون من وقت العقد ، وكذلك قلنا فيمن حلف ألا يكلم زيداً شهراً ولم يعينه ، فإن يمينه تنعقد من وقت حلفه لأن العرف جار في كل هذا بأن المراد به الفور والحال كذلك الإجارات (٦) .

والثالث : أن يستأجرها مشاهرة فيقول : استأجرت منك هذه الدار على حساب الشهر بكذا أو السنة أو الأسبوع أو أي مدة قدر بها الأجرة ، فيجوز وإن

---

(١) بمدة : سقطت من (م) .

(٢) في (م) : ولا يجردها .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٣٩٢ ، التفريع : ٢/١٨٥ - ١٨٦ ، الكافي ص ٣٦٩ .

(٤) انظر : الأم ٤/٢٦ - ٢٧ ، المهذب : ١/٣٩٦ .

(٥) في (ق) : ابتدائه .

(٦) في (م) : الإجارة .

لم يعين مدة ما يعقد عليه من ذلك خلافاً للشافعي في قوله : إنه لا يصح إلا أن يقول : استأجرتها شهراً أو شهرين أو مدة يذكرها على حساب كذا [1] .

وإما قلنا أن ذلك جائز لأن المنافع المعقود عليها يعلم قدرها باختيار المستأجر ، فكأن المؤجر قال : قد أجرتك هذه الدار ما شئت أن يسكنها من المدة على حساب كل شهر بكذا ، فذكر الشهر يُراد لتحديد المعقود عليه وهو أجرة المنافع وإخراجه من حيز [2] الغرر والجهل ليقع الحساب عليه عند استيفاء المنافع ، فيكون كقوله : قد بعتك من هذا الكر ما شئت على حساب كل قفيز بدرهم ، فمهما أخذ منه استحق ثمنه عليه بما يقدر [3] له ، كذلك الإجارة فإذا ثبت هذا وقع العقد على هذا الحد : فلكل واحد منهما أن يترك إذا شاء [4] فيسكن المستأجر ما شاء من المدة ويخرج إذا شاء وتلزمه الأجرة بحساب ما سكن ، وكذلك المالك له أن يطالبه بالخروج أي وقت شاء ، وقال عبد الملك : تلزمه أجرة حد واحد مما جعلاه علماً على حساب الأجرة من شهر كذا أو سنة ، كأنه قال : استأجرت منك هذه الدار كل شهر بدينار فيلزمه كراء شهر ، وكذلك لو قال : كل سنة لزمه كراء سنة واحدة .

فوجه الأول أن العقد لم يقع على شهر كامل ، وإنما وقع على حساب الشهر بكذا ، فلم يلزم سكنى ما لم يقع العقد عليه ، ووجه الثاني أنه إذا قال : كل شهر بدينار فكأن الكراء إنما وقع على الحد الذي جعل علماً على معرفة الأجرة المقدرة به .

فصـل [٤ - إجارة الدنانير والدراهم] :

إجارة الدراهم والدنانير وكل ما لا يعرف بعينه لا تصح ، وإجارته قرضه ،

---

(١) انظر : الأم : ٤/٢٦ - ٢٧ ، المهذب : ١/٣٩٦ .
(٢) في (م) : من جهة .
(٣) في (م) : بما يتقدر .
(٤) في (م) : إنشاء .
(٥) كذا أو : سقطت من (م) .

والأجرة ساقطة عن مستأجره هذا قول ابن القاسم ، وشيخنا [1] أبو بكر الأبهري وغيره يزعمون أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضراً معه [2] ، ولابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان وإذا كانت العين نفسها لا يصح الانتفاع بها مع تبقيتها وإنما يصح مع إبدالها ببيع وغيره لم تصح إجارتها ، وقد علم أن الدنانير والدراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين ، فلا يستحق أن يبذل العوض في مقابلتها بخلاف الدور والدواب وغيرها فلم يصح إجارتها .

وإنما قلنا : إن إجارتها قرضها لأن ربها ملك المدفوع إليه الانتفاع بها ولا ينتفع إلا بإتلاف أعيانها فصار ذلك ملكاً له ، فلو قلنا : إنه تلزمه أجرة لكان في معناه قرض جر نفعاً ، ودراهم بدراهم متفاضلة وذلك غير جائز ، ووجه القول الآخر أن الانتفاع بهما يمكن بأن يضعها المستأجر بين يديه يتكثر بها ويتجمل ، وله غرض في أن يرى الناس معه دنانير ودراهم فينفعه ذلك فيما يقصده به ، وإذا كان كذلك صحت إجارتها .

وإنما قلنا : يجب أن يكون المالك معها لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها وزيادة فيكون تفاضلاً وقرضاً جر نفعاً .

فصل [٥ - في حكم عقد الإجارة] :

عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها [3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن العقد يجوز أن يفسخ بوجود العذر في حق المكتري أو المكري وإن أمكن استيفاء المنفعة مثل أن يكتري جمالاً للحج ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ ، أو داراً يسكنها ثم يريد السفر أو دكاناً ليتجر فيه فتحترق متاعه فله الفسخ عنده في ذلك كله [4] .

---

(١) في (م) : وقول .

(٢) انظر : التفريع : ١٨٢/٢ ، الكافي ص ٣٧٣ .

(٣) انظر : المدونة : ٤٢٩/٣ ، التفريع : ١٨٧/٢ - ١٨٨ ، الكافي ص ٣٦٨ ، المقدمات : ١٦٦/٢ - ١٦٧ و١٨٤ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٨ - ١٢٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ١٠٥/٢٠ .

ودليلنا قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ (1) ولأنه عقد معاوضة محضة فلم يكن لأحدهما فسخه لمعنى في العاقد كالبيع ، ولا يدخل عليه النكاح لأنها ليست بمحضة ، ولأن أحدهما إذا قال : لا أريد السفر إلى الجهة (2) التي وقع الكراء إليها فعندهم أن هذا عذر (3) في حق المكتري دون المكري ، فنقول : كل معنى لا يملك به المكري فسخ الإجارة لم يملك بمثله المكتري أصله غلاء الأجرة ورخصها.

فصل [٦ - متى يستحق تسليم الأجرة] :

الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة ، وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول (4) لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع ، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها أو يكون تأخيرها يؤدي إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد (5) .

وقال الشافعي : يستحق تسليم الأجرة بتمام عقد الإجارة وتسليم العين المستأجرة شرط ذلك أو لم يشترط (6) .

ودليلنا : أن الأجرة ثمن للمنافع (7) كما أن الثمن في البيع لرقبة المبيع ، وقد ثبت أن في البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم المعقود عليه ، فكذلك يجب في الإجارة ، ولا تلزم عليه الإجارة بثوب بعينه أو بفاكهة رطبة(8) لأن هناك قارن العقد ما أوجب التعجل ، فيكون له كاشتراط التقديم .

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(2) في (ق) : إذا أريد السفر .

(3) في (ق) : غرر .

(4) في (م) : أولاً أولاً .

(5) انظر : التفريع : ١٨٤/٢ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٨ .

(6) انظر : الأم : ٢٦/٤ ، مختصر المزني ص ١٢٦ ، الإقناع ص ١٠٠ .

(7) ثمن سطت من (ق) .

(8) في (م) : رطب .

فصـل [٧ - في فسخ عقد الإجارة] :

كل معنى طرأ بمنع استيفاء المنافع فإن العقد ينفسخ معه ، وذلك كانهدام الدار واحتراقها وغصبها ، وكذلك امتناع المؤجر من تسليمها حتى فات وقت الإجارة ظلماً ، وكذلك مرض العبد والدابة وهذا كله في الإجارة المعينة دون المضمونة[١] لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة لما بيناه (أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان) [٢] .

فصـل [٨ - استقرار الأجرة بالتمكين من المنفعة ولو لم ينتفع المستأجر باختياره] :

إذا تسلم المستأجر الدار أو الدابة المعينة وتمكن من استيفاء المنفعة فلم يستوفها حتى انقضت المدة فقد استقرت الأجرة عليه [٣] ، لأن الذي يجب على المكري تسليمها وتمكينه من المنفعة وقد فعل ، فإذا اختار ألا يستوفيها فلا يلزم المكري شيء كما لو ابتاع مأكولاً رطباً وقبضه [٤] فلم يأكله حتى تلف لزمه الثمن ولم يلزم البائع شيء .

فصـل [٩ - في أقسام الإجارة] :

الإجارة على ضربين : إجارة عين وإجارة متعلقة بالذمة ، وكل ذلك جائز [٥] لأن العين لما كان له بيعها كان له بيع منافعها ، وكذلك لما كان له بيع شيء من الأعيان في ذمته أعني أعياناً مبيعة لا أعياناً معينة ، فكذلك المنافع لأن الإجارة

---

(١) انظر : المدونة : ٣/٤٢٨ - ٤٢٩ ، التفريع : ٢/١٨٤ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٩ .

(٢) ما بين قوسين سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٤٢٦ ، ٤٢٨ ، التفريع : ٢/١٨٤ ، الكافي ص ٣٦٩ - ٣٧٠.

(٤) وقبضه : سقطت من (ق) .

(٥) انظر : التفريع : ٢/١٨٣ - ١٨٨ ، الرسالة ص ٢١٨ - ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٨ - ٣٧٤ .

معاوضة على المنافع كما أن الأثمان معاوضة على الرقاب ، فلما جاز العقد على رقبة الدابة بالوجهين جميعاً - أعني بيع الدابة بعينها وأن يُسلم في دابة موصوفة في الذمة - صح العقد على منافعها بالوجهين جميعاً .

فصـل [١٠ - في كون المنفعة المعقود عليها معلومة] :

فإذا ثبت ذلك فإن كان العقد على دابة معينة فلا بد أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب أو طحن أو حمل أو غير ذلك ، وإنما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة ، وليعلم المكتري ما الذي يعاوض عليه من المنافع وكذلك المكري ، فإذا ثبت ذلك فإن الحق يتعلق بالذمة في المعين بل يتعين لتلك العين ، فإن تلف (قبل استيفاء المنفعة ، فإن العقد ينفسخ لتعذر استيفاء المنافع المعقود عليها لأنها مستحقة على وجه لا يمكن فيها القضاء ولا يلزم المكري أن يأتي بغيرها لأنه لا يستحق عليه منافع غيرها ، وإن تلف) [1] ، بعد استيفاء بعض المنافع دون جميعها ، فإن العقد ينفسخ فيما بقي ويلزمه من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة بقيمته من الأجرة ويسقط عنه الباقي هذا الكلام في المعين .

فصـل [١١ - إجارة المضمون في الذمة] :

فأما المضمون في الذمة فمثل : أن يستأجر منه دابة ليركبها إما إلى موضع معين أو أجل [2] بعينه [3] .

وإنما قلنا : إنه لا بد من أحد هذين ليحصل العلم بما يعاوض عليه لأن العمل يتقدر تارة بالمدة وتارة بنفسه بالركوب إلى موضع بعينه مقدر بنفسه مستغن عن ضرب مدة فيه كخياطة القميص وبناء الحائط ، والركوب على الإطلاق من غير اشتراط مسافة معينة أو مقدرة لا بد فيه من ضرب مدة كخدمة العبد وإلا دخله

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) في (م) : أو أجلاً .

(٣) انظر : المدونة : ٤٢٢/٣ ، التفريع : ١٨٣/٢ - ١٨٥ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧١ .

الجهل ، (فإذا ثبت ذلك فيجوز حالاً إلى أجل) [(١)] لأنا لو لم نجزه إلى أجل لأدى إلى بطلان انتفاع الناس بالكراء أو انقطاع [(٢)] معايشهم وتجاراتهم ، وصورته إلى أجل مثل : أن يكتري منه في رجب أو شعبان للحج وعادة الناس في الخروج عندنا ببغداد في ذي القعدة فيقول : اكتريت منك كراء في ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس ، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتباراً بالسلم لأن في تأخيره كونه ديناً بدين، فأما [(٣)] في الحج فعنه روايتان [(٤)] :

إحداهما : (أنه لا يجوز تأخير النقد إلا في اليسير وهو الثلاث فدونه ، والآخر) [(٥)] أنه يجوز ويكتفي فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة .

فوجه الأولى أن في وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين ، وإنما جاز التأخير في اليسير لأن الغالب في الأصول أن حكم الأكثر في حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له .

ووجه الثانية أن تقديم العربان يخرجه عن باب الدين بالدين ، فقد تعجل الشيء من أحد الطرفين ، ولم يكلف نقد الكل خيفة الغرر لأن المكري قد ينتفع في الثمن ثم يخلفه ، وقد جرت العادة بذلك منهم ، فكان الأصلح عقد العربان ليخرج عن الدين بالدين في جميع العقد ثم يكون الباقي كالوديعة عند المكتري[(٦)] أو كالرهن .

فصل [١٢ - إذا كان الكراء المضمون حالاً] :

فأما إذا كان الكراء المضمون حالاً وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .
(٢) في (م) : الانقطاع عن .
(٣) في (ق) : فلما .
(٤) انظر : المدونة : ٣/ ٤٤١ ، التفريع : ٢/١٨٨ - ١٨٩، الكافي ص ٣٧٢ - ٣٧٣.
(٥) ما بين قوسين سقط من (ق) .
(٦) في (ق) : عند المكري .

نقد [1] لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه، كما نقوله في المقاثي والمباطخ أنه يجوز بيعها بالدين وإن كان المعقود عليه لم يخلق أكثره لأنه في حكم الموجود لتناسقه وتتابعه .

فصـل [١٣ - إذا استأجر أرضاً للزرع فغرقت] :

إذا استأجر [2] للزرع فغرقت سقط كراؤها لتعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها، وإن زرعها [3] وأمكنه شربها فلم ينبت زرعها فعليه الأجرة لأن الذي على المؤاجرة : تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس عليه سلامتها ، وكذلك إن نبت الزرع وأصابته جائحة من غير جهة الشرب لم يسقط عنه الكراء لأن التمكين قد وجد واستيفاء المنفعة غير متعذر وامتناع خروج الزرع أو سلامته ليس من مقتضى العقد فلم يلزم [4] .

فصـل [١٤ - عدم بطلان الإجارة بموت أحد المتعاقدين] :

لا تبطل الإجارة لموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة وإمكان استيفاء المنافع [5] خلافاً لأبي حنيفة [6] ، لأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا لم يكن فيه تلف المنفعة أو تعذر استيفائها أصله عقد البيع ، ولأنه عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله ، فوجب ألا ينفسخ بموت المالك أصله إذا زوج أَمَتَه .

فصـل [١٥ - إذا اكترى داراً فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكريها من غيره] :

إذا اكترى داراً فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكريها من غيره لأن ملك منافعها

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٤٣٥ ، التفريع : ٢/ ١٨٦ ، الكافي ص ٣٧١ - ٣٧٢ .
(٢) في (ق) : ابتاع .
(٣) في (م) : زرع .
(٤) انظر : المدونة : ٣/ ٤٥٩ ، التفريع : ٢/ ١٨٤ ، الكافي ص ٣٧٧ - ٣٧٨ .
(٥) انظر : التفريع : ٢/ ١٨٤ - ١٨٥ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٩ .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ١٠٥

ثابت له وليس بمستحق عليه في استيفائها محل مخصوص ، وله أن يكريها بمثل الكراء أو أقل وأكثر لأنه معاوضة على ملكه كبيع الأعيان ، وله أن يكريها من المالك [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] لأن كل مملوك جاز أن يملك لغير من ملكه جاز أن يملك لمن ملكه أصله الأعيان .

فصل [١٦ - إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره فعطبت] :

إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئا فحمل عليها غيره فعطبت : فإن كان [3] أضر بها ضمن قيمتها وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه لأنه إذا كان أضرَّ بها كان متعدياً بحمله [4] عليها لأنه لا يملك ذلك ولا أذن له فيه صاحبها ، ولا بد أن العوض عليه ، فإذا كان مثله فهو كما لو تلفت فيما استأجرها له فلا يضمن وإن كان دونه كان أولى ألا يضمن لأنه بعض حقه ، فإن سلمت فلربها أن يأخذه بما بين الأجرتين .

وإن اكتراها إلى مكان سار بها إلى غيره في قدر مسافته أو دونها وقدر مشقته فلا ضمان عليه ، وإن تعدى بها إلى غير مثله في المسافة والمثل منه في المشقة أو مثله في المشقة وأبعد منه في المسافة ، فإن تلفت ضمنها ، وإن سلمت فلربها الكراء الأول وأخذه بكراء الزيادة أو إسلامها ويضمنه القيمة يوم التعدي .

وصورتها أن يكتري دابة من بغداد إلى الكوفة فيمتد بها إلى فيل [5] : فقد بيَّنا أن لصاحبها الكراء من بغداد إلى الكوفة لأن المكتري قد استوفى المنفعة المعقودة عليها بالأجرة المسماة فاستقر البدل عليه في ذمته وتعديه فيما بعد لا يقدح في

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٤٥١ ، التفريع : ٢/ ١٨٥ ، الكافي ص ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٩ .

(٣) كان : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : بالجملة .

(٥) في (م) : قبر ، وفيل : كانت مدينة ولاية خوارزم ، يقال لها : فيل ، ثم سميت : المنصورة (معجم البلدان : ٤/٢٨٦) .

ذلك الاستقرار ، وبينا أن صاحبها مخير فيما زاد على ذلك إن شاء أخذه بالكراء وإن شاء ضمنه القيمة [1] .

وقال أبو حنيفة : لا كراء فيما زاد [2] ، فدليلنا أنه انتفع بملك غيره من غصب للعين فلزمه بدل ما انتفع به كغير المتعدي .

ودليلنا على أن له تضمينه القيمة [3] خلافاً للشافعي [4] ، أنه متعدياً بالإمساك وحبسها عن الأسواق ، فتعلق عليها الضمان ، فإذا ثبت هذا فعليه كراء المثل كالمتعدي ابتداء لأن هذه المنفعة مستوفاة بغير عقد ولا شبهة عقد .

فصل [١٧ - حكم من استأجر أرضاً ليزرعها شيئاً بعينه فزرعها غيره] :

إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فذلك [5] له خلافاً لداود [6] ، لأن تعيين ما يزرع في الأرض هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً ، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها للزمه الكراء ، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره .

فصل [١٨ - ليس للمستأجر أن يزرع الأرض المستأجرة ما ضرره أشد من ضرر الحنطة] :

وليس له أن يزرعها ما ضرره أشد من ضرر الحنطة ، فإن فعل فلربها كراء الحنطة وقيمة الإضرار بالزيادة خلافاً للشافعي في قوله : أنه يلزمه كراء المثل في

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٤٣١ ، التفريع : ٢/ ١٨٩ ، الكافي ص ٣٧٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٨٨ ، ١٠٦ .

(٣) القيمة : سقطت من (ق) .

(٤) انظر : الأم : ٤/ ٣٥ ، مختصر المزني ص ١٢٧ ، الإقناع ص ١٠٠ .

(٥) انظر : المدونة : ٣/ ٤٧٣ ، التفريع : ٢/ ١٨٩ ، الكافي ص ٣٧٨ .

(٦) انظر : المحلي : ٩/ ٧٧ ، والمغني : ٥/ ٤٨٤ .

الجميع [1] ، لأنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلزمه بقدر [2] ما زاد أصله إذا اكترى جملاً ليسير عليه من بغداد إلى مكة فتعدى به إلى مصر .

فصـل [١٩ - جواز اشتراط الخيار في الأجارة] :

يجوز أن يشترط [3] الخيار في الإجارة سواء كانت معينة أو مضمونة [4] ، خلافاً لأصحاب الشافعي [5] ، لأن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضات المحضة ، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان .

فصـل [٢٠ - تعيين المركوب ووصفه] :

المركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف بالمشاهدة يشار إليه بأن يقال : أكريتك هذه الدابة أو الناقة ، والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس والنوع الذكورية والأنوثية [6] لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس لأن الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة [7] والحمار والغرض بها مختلف ، وكذلك أنواعها لأن النجيب لا يصلح للحمل ، وإنما يصلح للركوب ، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى فلا بد أن يبين .

فصـل [٢١ - في عدم الحاجة إلى وصف الراكب] :

لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافاً للشافعي [8] ، لأن أجسام الناس متقاربة في العادة غير متفاوتة فلم يحتج إلى رؤيته ، فإن آتاه بفادح عظيم الخلق ليس هو الغالب فلا يلزمه .

---

(١) انظر : الأم : ٤/ ٣٥ ، مختصر المزني ص ١٢٧ ، الإقناع ص ١٠٠ .
(٢) مقدر : سقطت من (م) .
(٣) في (م) : شرط .
(٤) انظر : المدونة : ٣/ ٤٢٣ و٤٧٢ ، الكافي ص ٣٦٩ .
(٥) انظر : الأم : ٤/ ٢٦ ، الإقناع ص ١٠٠ .
(٦) انظر : المدونة : ٣/ ٤٢٢ ، التفريع : ٢/ ١٨٥ - ١٨٦ ، الكافي ص ٣٧١ .
(٧) لعله يقصد بالدابة البغل .
(٨) انظر : الأم : ٥/ ٣٥ ، مختصر المزني ص ١٢٧ .

فصل [٢٢ - في عدم تعين استيفاء المنافع في الإجارة] :

الظاهر من مذاهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة ، وإنه إن عين فذلك [(١)] كالوصف لا ينفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت، وذلك كما يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثلها [(٢)] ليرعاه أو قميص مثله ليخيطه ، وقد قيل : إنها يتعين [(٣)] بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل المعين [(٤)] .

فوجه الأولى : أنه قد ثبت أن عقد الإجارة لازم من الطرفين وليس لأحدهما فسخه مع التمكين من استيفاء المنافع ، فلو قلنا : إن محل الاستيفاء يتعين لحصل منه [(٥)] نقض الأصل لأن المستأجر يبيع الشيء المستأجر عليه فيفسخ العقد فيه باختياره ، وذلك ينفي اللزوم ولا يمكنه أن يأتي بمثله أو يمنعه من البيع والهبة ينقطع تصرفه في ملكه من غير تعلق حق لغيره فيه ، ولأن محل الاستيفاء حق للمستأجر دون المؤاجر ولأن المستأجر عقد على منافع يستوفيها فيلزم المؤاجر أن يوفيه إياها وتعيين ما يستوفيها منه [(٦)] لا حق للمؤاجر فيه .

ووجه الثاني : أن أحد المحلين في الإجارة يصح معه [(٧)] تعيينه كالأجير لأنه إذا استأجر دابة ليركبها فماتت الدابة انفسخ العقد ولم يلزمه أن يأتي ببدلها ، كذلك إذا عين من يركبها والقميص الذي يخيط أو الغنم التي يرعاها يجب أن

---

(١) في (م) : فإنه .

(٢) في (ق) : مثله .

(٣) في (م) : تتغير بالتغيير .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ١٨٤ - ١٨٦ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٩ - ٣٧٠ .

(٥) في (ق) ك ليحصل .

(٦) في (م) : فيه .

(٧) معه : سقطت من (م) .

ينفسخ العقد بتلف ذلك كما ينفسخ العقد بتلف بموت الراعي والدابة ، ولأنه قد ثبت تعيين ذلك في الظئر إذا استؤجرت لرضاع الصبي والطيب لعلاج المريض[1] أو لقلع الضرس إذا برأ أو مات الصبي ، وكذلك في سائر ما يستأجر عليه .

فصـل [٢٣ - استيفاء المنافع في الإجارة الفاسدة] :

إذا استوفيت [2] المنافع في الإجارة الفاسدة لزم بها أجرة المثل كالمبيع بيعاً فاسداً إذا فات أنه يلزم بالقيمة دون الثمن لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان في البياعات أعواض عن الأعيان ، فإذا قبض العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها [3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنه لا أجرة عليه إذا لم يستعملها [4] ، لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضموناً بالتبذل أصله الإجارة الصحيحة ، وإن تلف المنافع في العين المقبوضة على وجه الإجارة الصحيحة [5] يوجب بدلها على من تلفت في قبضه أصله إذا استوفاها بنفسه .

فصـل [٢٤ - أجرة الإجارة] :

لا يجوز أن تكون الأجرة في الإجارة مجهولة ولا غرر [6] لأنها عوض في عقد معاوضة محضة كالثمن في البيع .

ولا يجوز أن يستأجر نساجاً لينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته لأن الثوب

---

(١) في (م) : العليل .

(٢) في (م : استوعبت .

(٣) انظر : المدونة : ٤٢٧/٣، التفريع : ١٨٤/٢ - ١٨٦، الكافي ص ٣٦٨ - ٣٧٠.

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٨ - ١٢٩، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ١٠٣/٢ - ١٠٤ .

(٥) الصحيحة : سقطت من (ق) .

(٦) انظر : المدونة : ٣٨٩/٣ ، التفريع : ١٨٥/٢ - ١٨٦ ، الرسالة ص ٢١٨ - ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧٤ - ٣٧٧ .

الذي يخرج مجهول الصفة ، ولأن نصف الغزل الذي استأجره به لا يسلمه إليه إلا بعد مدة وهي حصول النسج .

ولا يجوز في المبيع بعينه اشتراط الأجل في تسليمه إذا خيف منه الغرر وكذلك القيمة المجهولة لا يدري كم يكون مقدارها ، ويجوز أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر لأنه معلوم لا غرر فيه ولا جهالة ، ومتى وقع العقد على الوجه الأول ونسج الثوب فجميعه لصاحب الغزل وللصانع أجرة المثل ، ومثل ذلك أن يكري دابته أو غلامه من رجل بنصف الكسب لأنه عوض مجهول فإن وقع : فلصاحب الدابة أو الغلام أجرة بالمثل ، وجميع الكسب للمستأجر .

ولو قال له : اعمل على دابتي ولك النصف من الكسب لكان العقد فاسداً للجهل بمقدار الكسب لكنه إن وقع كان الكسب كله لصاحب الدابة وللأجير [(١)] أجرة المثل بخلاف الأولى لأن الإجارة في المسألة الأولى وقعت على الدابة والأجر كان مجتبياً للكسب ، وفي مسألتنا وقعت الإجارة على الرجل واجتبى الكسب من قبل الدابة ، فمن وقع عليه عقد الإجارة [(٢)] لم يكن له من الكسب شيء .

فصل [٢٥ - فيمن اكترى دابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة ثم وجد حاجته دون ذلك] :

يجوز أن يكتري الرجل الدابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة : فإن وجد حاجته دون ذلك فحسابه من الأجرة [(٣)] لأنه يكون كأنه قال له : أكريك من هذا الطريق كل بريد [(٤)] بدينار ، ويجوز ذلك على ما قدمناه من قوله : أجرتك [(٥)]

---

(١) في (ق) : وللآخر .

(٢) الإجارة : سقطت من (م) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٤٣٣ - ٤٣٥ ، التفريع : ٢/١٨٧ ، الكافي ص ٣٧٢ - ٣٧٣

(٤) بريد : البريد هو الرسول ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثنى عشر ميلاً (المصباح المنير ص ٤٣) .

(٥) في (ق) : أكريتك من .

هذه الدار من حساب كل شهر بدينار ، ويكون ذكر الفراسخ والمسافة لتتقدر الأجرة به .

فصل [٢٦ - في إجارة المشاع] :

إجارة المشاع [١] جائزة من [٢] الشريك وغيره [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة [٤] في قوله : أنه لا تجوز إلا من الشريك ، لأن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبي أصله البيع ، ولأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذلك اعتباراً بالمجوز .

فصل [٢٧ - إجارة دار بسكنى دار أخرى] :

يجوز أن يستأجر داراً بسكنى دار أخرى [٥] خلافاً لأبي حنيفة [٦] في قوله : إن المنافع لا يكون أجرة للمنافع إلا أن يكون من جهة أخرى ، لأنهما منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحد منهما في الانفراد ، فجاز أن يعقد على إحداهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين .

فصل [٢٨ - إجارة الظئر] :

يجوز أن يستأجر الظئر [٧] ، وكل أجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون

---

(١) المشاع : وهو غير المتميز على حدة (الفواكه الدواني : ٢/ ١٦٥) .

(٢) في (م) : بين .

(٣) انظر : المدونة : ٣/ ٤٤٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٠٠ ، وقال أبو يوسف ومحمد : إجارة المشاع جائزة .

(٥) انظر : المدونة : ٣/ ٤٤٨ ، الكافي ص ٣٦٩ - ٣٧٠ .

(٦) انظر : فتح القدير : ٧/ ٢٢٤ ، و٢٠٩ .

(٧) الظئر : المرضع (الكافي ص ٣٧٤) .

لمثله من الوسط [(١)] خلافاً للشافعي في منعه ذلك في كل أجير [(٢)] ، ولأبي حنيفة في منعه ذلك في كل أجير عدى الظئر [(٣)] .

فدليلنا أن الأعواض في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة ، وصفة ركوب الراكب في الإجارة ، ولأنه لما جاز أن تكون النفقة [(٤)] مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع في معرفتها العرف كذلك في الإجارة ، وعلى أبي حنيفة [(٥)] ، لأنه عقد إجارة فصح بالطعام والكسوة اعتباراً بالرضاع .

فصـل [٢٩ - إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها] :

إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها ، فالكراء فاسد [(٦)] ، لأن المنفعة المستأجر عليها مجهولة فيكون غرراً لأن الأشياء المحمولة تختلف في الأضرار بالدابة لأن حمل القطن والثياب أقل إضراراً من حمل الصخر والحديد ، والأجرة مختلفة متفاوتة ، وكذلك كراء الركوب بخلاف كراء الحمل ، فإذا لم تكن المنفعة المكترى لها معلومة لم يصح .

فصـل [٣٠ - إذا اكترى أرضاً ليغرس فيها فأنقضت مدة الإجارة] :

إذا اكترى أرضاً ليغرس فيها فانقضت مدة الإجارة : فإن صاحبها مخير بين أن يأخذ المستأجر بالقلع ولا شيء عليه من أجرة القلع ، أو يعطيه قيمة الغراس مقلوعاً أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين [(٧)] ، خلافاً للشافعي في قوله : إنه ليس له أن يطالبه بقلع الغراس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع [(٨)] ، لأن الإجارة

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٤١٠ - ٤١٢ ، التفريع : ٢/ ١٨٧، الكافي ص ٣٧٤ - ٣٧٥

(٢) انظر : الأم : ٤/ ٢٥ ، ٣٨ ، مختصر المزني ص ١٢٦ ، الإقناع ص ١٠٠ .

(٣) انظر : مختصر القدوري - مع شرك الميداني : ٢/ ١٠١ .

(٤) في (ق) : القيمة .

(٥) أبي حنيفة : سقطت من (م) .

(٦) انظر : المدونة : ٣/ ٤٢٧ ، التفريع : ٢/ ١٨٦ - ١٨٨، الكافي ص ٣٧١ - ٣٧٢.

(٧) انظر : المدونة : ٣/ ٤٦٣ ، التفريع : ٢/ ١٨٤ - ١٨٥ ، الكافي ص ٣٧٨ .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ١٢٩ - -١٣ ، الإقناع ص ١٠١ .

تقضي تسليم الأرض بعد انقضاء المدة فارغة من تعلق حق للمستأجر لها ويقل ما شغلها به ، أصله إذا كان له فيها متاع أو طعام ، فإنه يؤمر بقلعه ، ولأن فائدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة بها وانقطاعها فيما بعدها ، وفي تبقية الغراس بعد المدة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافاً لموجب العقد .

فصـل [٣١ - إجارة نزو الفحل] :

يجوز أن يؤاجر الرجل فحله من إبله أو بقره أو غيرها على أن ينزوا [١] أكواماً معلومة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٣] ، لأنه نوع من المنفعة كالركوب لأن كل منفعة ملك إباحتها للعين بغير عوض وملك منعه إياها ، فإن المعاوضة جائزة عليها كالحمل ، ولأن ذلك بمنزلة أن يستأجر رجلاً يلقح له نخلة فيقول : لأنه فعل يراد لحمل أُنثى ينتفع به تجوز إباحته بغير عوض ، فجاز بعوض أصل التلقيح .

فصـل [٣٢ - استئجار الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه الأجير كل يوم درهماً] :

لا يجوز للرجل [٤] أن يستأجر الرجل الأجير شهراً بدينار [٥] على أن يعطيه الأجير كل يوم درهماً أو أقل أو أكثر [٦] لأن ذلك فضة بذهب متأخرة ، ولأنه عمل وفضة بذهب .

فصـل [٣٣ - يكتري الدار في رمضان لذي القعدة] :

يجوز أن يكري داره في رمضان لذي القعدة ، فتكون هذه الإجارة بعد العقد

---

(١) النزو : الوثوب . (المصباح المنير ص ٦٠١) .

(٢) انظر : المدونة : ٣/ ٤٠١ .

(٣) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٠٠ ، المهذب : ١/ ٤٠١ .

(٤) للرجل : سقطت من (ق) .

(٥) الأجير شهراً بدينار : سقطت من (م) .

(٦) انظر : المدونة : ٣/ ٤٥٠ ، التفريع : ٢/ ١٨٦ ، الكافي ص ٣٧٣ - ٣٧٤ .

بشهر أو ما يقاربه [١] خلافاً للشافعي في قوله : لا يجوز إلا أن تكون المدة عقيب العقد بلا فصل [٢] ، لأن الإجارة عقد على ما لم يخلق من المنافع ، فجاز أن يتأخر شرط المدة واستيفاؤها ما لم يعد ذلك بتعذر قبضها عند الحاجة ، ولأنه لو عقد على هذه الدار شهراً أو على شهر بعده لجاز كذلك في مسألتنا لأنه قد حصل العقد للشهر الثاني قبل مضي الأول ، فلا فرق بين أن يكون الأول داخل في العقد أو خارجاً عنه .

فصـل [٣٤ - بيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره] :

يجوز المؤاجرة أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغيرها في مثله [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي [٤] ، لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ [٥] ، ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر لأن المشتري إنما يسلمها [٦] بعد انقضاء مدة الإجارة فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع ، أصله إذا باعها منه ، ولأنه عقد على منفعة فلم يمنع العقد على الرقبة أصله إذا باع أمة قد زوجها .

فصـل [٣٥ - إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة] :

تجوز إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة [٧] ، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يجوز[٨] ، فدليلنا أنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها كالسنة.

---

(١) انظر : المدونة : ٣/٤٥٢ ، الكافي ص ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٢) انظر : الأم : ٤/٢٧ - ٢٩ ، مختصر المزني ص ١٢٦ - ١٢٧ ، المهذب : ١/٣٩٩ - ٤٠٠ .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٤٣٣ ، والرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، الأم : ٤/٢٨ - ٢٩ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٦) في (ق) : سلمها .

(٧) انظر : المدونة : ٣/٤٥٠ ، ٤٥٤ ، الكافي ص ٣٦٩ .

(٨) مختصر المزني ص ١٢٨ - ١٢٩ .

إذا استأجرها عشر سنين بأجرة معلومة لجملة المدة جاز ولم يلزم أن يعين ما لكل سنة خلافاً للشافعي ، لأنها مدة تجوز الإجارة إليها فوجب أن يكون ذكر الأجرة لجملتها مغنياً عن ذكر ما يقابل تفصيلها أصله السنة والشهر .

فصل [٣٦ - ضمان ما حمله المستأجر] :

ومن استؤجر لحمل ما سوى الطعام فادعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه ، لأن الأجير مؤتمن كالوكيل والرسول ، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه (١) ، خلافاً لمن منع ذلك (٢) ، لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم ، ويحملون على أن نفوس الناس (٣) وأهل المروءات والأقدار يأنفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به ، وفي ذلك إضرار بالناس وليس كذلك العروض وغيرها لأنه لا يقبح في العادة المطالبة بها ، وإن قل ما يستأجر على حمله منها ، ولا جرت عادة الأكرياء بالتسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك في الطعام ، ولأن بالحجاز يتنافس في الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر ، إذا استؤجر على حمل شيء فتلف منه من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه لأنا قد بينا أنه مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعدي والتقصير في ترك التحفظ (٤) .

فصل [٣٧ - إذا ساق الدابة بالعصى وضربها فعطبت] :

إذا ضرب الدابة أو ساقها بالعصى على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم

---

(١) انظر : المدونة : ٤١٣/٣ ، ٤٣٦ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧١ .
(٢) في أحد قولي الشافعي ، وروي عن عطاء وطاوس وزفر (انظر المهذب : ٤٠٨/١)
(٣) في (م) : ويحيلون على أنفسهم الناس .
(٤) في (ق) : الحفظ .

يضمن [1] خلافاً لأبي حنيفة [2] ، لأن العرف جار به بأنه لا بد للدابة من سوق وزجر على السير ، والضرب بالمعروف على قدر الحاجة ، فكان هذا القدر مأذوناً فيه فلم يضمن ما حدث عنه .

فصـل [٣٨ - إذا غرقت السفينة المستأجرة لحمل الطعام] :

إذا استأجر سفينة لحمل طعام فغرقت فلا ضمان عليه [3] خلافاً لأبي حنيفة[4] لأن الملاح لم يتعد فأشبه أن تغرق بالموج والريح ، وقياساً عليه إذا كان صاحبه معه .

فصـل [٣٩ - في كراء من غرقت سفينته] :

واختلف في كرائه فقيل : لا شيء له [5] ، وقيل له : من الأجرة بقدر ما مضى من المسافة ، فوجه الأول [6] أن العرف جار في مثل ذلك بأنه على البلاغ لأنه جار مجرى الجعل : كأنه يقول إذا بلغت بالطعام إلى موضع كذا وكذا [7] فهذه الأجرة لك ، فإذا لم يحصل الفرض لم يستحق شيئاً ، ووجه الآخر إنه إجارة وليس بجعل لأن العمل والأجرة مقدران ، فكان له من الأجرة بحساب ما مضى كسائر الإجارات .

فصـل [٤٠ - إذا اكترى إبلاً إلى الحج فأخلفه الجمال] :

إذا اكترى إبلاً إلى الحج فأخلفه الجمال [8] : فإن المكتري يأتي الإمام ويقيم

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ١٨٤ - ١٨٥ ، الكافي ص ٣٧١ .

(٢) انظر : مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٢/ ٩٢ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/ ١٨٧ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧٢ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٩ - ١٣٠ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ٢/ ٩٣ .

(٥) في (ق) : عليه .

(٦) في (م) : الأولى .

(٧) كذا : سقطت من (م) .

(٨) الجمال : صاحب الجمل والعامل عليه (المعجم الوسيط : ١/ ١٣٦) .

عنده البينة فإن كان الجمال له [1] مال تكارى له الإمام عليه لأن القضاء على الغائب واجب إذا التمس ذلك صاحب الحق ، وإذا لم يكن للجمال مال لم يتكارى عليه [2] لأنه لا يحصل لمن يتكارى منه عوض ما يكترى منه [3] ، فإن كان المكتري هو الذي هرب فالجمال أيضاً يقيم البينة ويكري الإمام مكانه رجلاً إن كان اكترى للركوب أو حمولة مثله إن كان اكترى للحمل بسعر الوقت يوم الحكم ويكون على الهارب ضمان نقصان إن كان في الكراء وله زيادة إن حصلت ويدفع الأجرة إلى الجمال ، فإن تعذر ذلك إلى فوات الحج فقد انفسخ العقد لأن الإجارة هاهنا متعلقة بزمان ، والمنافع المختصة بالأزمان لا يصح فيها القضاء ، والتراد واجب بينهما والكراء في غير الحج بخلاف ذلك لأن العادة لا تخصه بزمان فلا ينفسخ العقد ، وتكون الحمولة له أي وقت وجده .

فصل [٤١ - في عدم ضمان الراعي ما هلك من الغنم] :

لا يضمن الراعي ما هلك من الغنم لأنه أمين كالوكيل ، فإذا ذبح شاة وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان : إحداهما وجوب الضمان ، والأخرى نفيه[4] فوجه الوجوب أنه متعمد بذبحها لأنه لم يؤمر بذلك ، وإنما هو مؤتمن فيما أذن له فيه لا في غيره ، ووجه النفي فلأن التهمة زائلة عنه في العادة ، والعرف يشهد أن في فعله مصلحة فلم يضمن .

فصل [٤٢ - سقوط الضمان على صاحب الحمام] :

لا ضمان على صاحب الحمام [5] لأنه لم يسلم إليه [6] ما يلزم فيه ضمان ،

---

(١) في (م) : للجمال .

(٢) انظر : المدونة : ٣/ ٤٤١ - ٤٤٣ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧٢ .

(٣) عوض ما يكترى منه : سقطت من (م) .

(٤) انظر : المدونة : ٣/ ٤٠٨ ، التفريع : ٢/ ١٨٧ ، الكافي ص ٣٧٤ .

(٥) انظر : الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧٥ .

(٦) في (م) : لم يتسلم ما يلزم .

وإن كانت الثياب سلمت إليه فلا ضمان عليه لأنه أمين كالمودع إذ قبضه للثياب لمنفعة ربها دون منفعة نفسه .

فصـل [٤٣ - من استعار عبداً بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه] :

من استعار عبداً بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه في شيء فتلف فيه فينظر[١] ، فإن كان مما يتلف في مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه مثل : أن يقول : ناولني هذه المروحة أو هذه الخرقة أو ما أشبه ذلك لأن ضرورة العادة قاضية بأن مثل هذا لا يكون منه تلف وأن الناس يتسامحون به فيما بينهم فلا ضمان فيه إن كان عنه تلف ولا أجرة فيه مع السلامة ، وإن كان الشيء المستعان فيه مما له بال وخطر وتطلب الأجرة في مثله فهو متعد بذلك ، ولولي الصغير وسيد العبد مطالبته بالأجرة إن سلم لأنه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه [٢] الإذن فيها ، فكان ضامناً للبذل فيها بتعديه ، وإن كان عن ذلك تلف ضمن دية الحر وقيمة العبد لأنه سبب تلفهما باستعمالهما على وجه التعدي .

فصـل [٤٤ - في تضمين الصناع] :

الصناع المؤثرون بصنائعهم في الأعيان : كالقصارين والصباغين والصاغة وغيرهم ضامنون بما أسلم إليهم مما يستأجرون على عمله إذا غابوا عليه ، ولا يقبل قولهم في تلفه ، فإن قامت لهم [٣] بينة به سقط الضمان عنهم عند مالك وابن القاسم ولايسقط عند أشهب وسواء عملوا بأجر أو بغير أجر ولا يضمنون ما لم يقبضوه ويحملوه إلى منازلهم ، وإذا سقط الضمان عنهم ، ففي وجوب الأجرة لهم خلاف : قال ابن القاسم : ليس لهم أجرة ، وقال ابن المواز : تكون لهم الأجرة [٤] .

---

(١) انظر : الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٨ ، المقدسات : ٢/ ٤٧٣ - ٤٧٤ .
(٢) في (م) : له .
(٣) في (ق) : له .
(٤) في جملة أحكام تضمين الصناع انظر : المدونة : ٣/ ٣٧٢ - ٣٧٨ ، التفريع : ٢/ ١٨٩ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧٥ - ٣٧٦ .

فصل [٤٥ - دليل تضمين الصناع في الجملة] :

وإنما قلنا : إن الصناع في الجملة يضمنون خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(١)] في تفريقه [(٢)] بين الخاص [(٣)] والمشترك ، لأن ذلك إجماع الصحابة ، وروي عن عمر وعليّ وقال عليّ : لا يصلح الناس إلا ذلك [(٤)] .

ولأن في ذلك مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع ، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه ، فلو قبلنا قولهم : في الإتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه ولأُجبروا على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر ، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمين ، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالمقترض والمستعير .

وإنما شرطنا في ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه لأنهم إنما يضمنون بالقبض ، فإذا لم يسلم إليهم وكانوا في منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم ، فلم ينفردوا بقبض [(٥)] يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمين مع عدم موجبه .

فصل [٤٦ - في وجه إسقاط الضمان عنهم ووجه إيجابه] :

ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبينة صدقهم فيه أنه أجير ثبت

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣٠ ، الإقناع ص ١٠٠ ، خلافاً للشافلعي في أحد قوليه (انظر مختصر المزني ص ١٢٧) .

(٢) في (ق) : تفريقهم .

(٣) في (م) : الحاضر .

(٤) أخرج هذه الآثار البيهقي : ٦/١٢٢ ، ١٢٣ ، عبد الرزاق : ٨/٢١٧ ، ٢١٨ ، والمحلي : ٨/٢٠٢ .

(٥) في (م) : يتقدروا للقبض .

هلاك ما دفع إليه من غير تفريط فأشبه الخاص [١] ، ولأن التهمة زائلة مع قيام البينة .

ووجه إيجابه عليهم أن أصل قبضهم هو على الضمان فلم يسقط عنهم حسماً للباب لأن [٢] ما طريقة المصلحة وقطع الذريعة لا يتخصص [٣] بالأعيان كمنع قبول [٤] شهادة الأب لابنه .

وإنما لم نفرق بين ما عملوه بأجر أو بغير أجر خلافاً لأبي حنيفة لأن تركه الأجر لا يخرجه عن سنة الصناع في الضمان كما لو عملوه بأجر ثم وهبه له ، ولأنه صانع قبض السلعة ولم تتم له بينة على تلفها كما لو عملها بأجر .

فصــل [٤٧ - في وجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه] :

ووجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه بغير صنعتهم أن المالك لم يسلم له غرضه الذي تلزمه الأجرة في مقابلته فأشبه أن يهلك بتفريط من الصانع ، ولأن الإجارة بيع منافع الأعيان [٥] ، ولو تلف المبيع الذي يتعلق له حق توفيه قبل تسليمه إلى المشتري لم يلزمه ثمنه كذلك في مسألتنا .

ووجه إيجابها أنه أجير وفَّا عمله فسقط ضمانه فكان له الأجر أصله الخاص[٦] ولأن الأجرة في مقابلة العمل دون سلامة السلعة فإذا حصل العمل وجب استحقاق الأجرة أصله إذا حصلت عنده .

فصــل [٤٨ - في اختلاف الصانع ورب السلعة في العمل] :

إذا اختلف الصانع ورب السلعة في العمل : فقال الصانع : أمرتني بكذا مثل

---

(١) في (ق) : الحاضر .

(٢) في (ق) : كان .

(٣) في (م) : لا تتخفض .

(٤) سقطت من (م) .

(٥) في (ق) : كالأعيان .

(٦) (ق) : أصله الخاص .

الخياط يقول : أمرتني بقطع الثوب قميصاً ، ويقول ربه : بل قباء ، فالقول قول الخياط إذا أتى بما يشبهه [1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [2] ، لأن اليمين يتوجه على أقوى المتداعين سبباً والخياط أقوى سبباً لأنه مأذون له في التصرف ومؤتمن [3] عليه ، فكان القول قوله مع يمينه ، ولأن الظاهر معه لأنهم إنما يعملون الصنعة على أمر رب المال ويستحقون العوض في مقابلتها وبإزاء إمكان الغلط عليهم وادعائهم ذلك على أرباب السلعة (لئلا تفوتهم الأجرة ، [ولأن] [4] أرباب السلع) [5] ومحبتهم ألا يصل إلى الصناع أجره فيسقط الاحتمالان ويبقي الظاهر.

* * *

---

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٣٧٥ - ٣٧٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣٠ ، مختصر المزني ص ١٢٨ .

(٣) في (ق) : مأمون .

(٤) بياض في (ق) .

(٥) ما بين قوسين سقط من (م) .

باب : [في الجعالة]

الأصل في جواز الجعل [1] قوله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم ﴾ [2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم للذي رقى فأخذ عليه جعلاً من أكل يرقيه باطل : « فلقد أكلنا [3] برقية حق » [4] ، وكأن الجعالة كانت قبل الإسلام وأقرها النبي ﷺ ولم ينكرها ولا نهى عنها .

فصل [١ - صفة الجعل] :

وصفة الجعل : أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر ، فمتى قدر العمل لم يكن جعلاً وصار إجارة ، ولم يجز إلا فيما لا يتقدر من الأعمال ، وصفته فيما لا يتقدر أن يجعل جعلاً في المجيء بعبده الآبق وبعيره الشارد : فإن جاء به استحق الجعل المقدر له وإن لم يأت به فلا شيء له ، ولا يجوز ضرب أجل في ذلك لأنه يخرجه [5] عن بابه (لأن وقت إصابته غير معلوم ولا يدري هل يكون أم لا) [6] .

---

(١) الجعل : هو عقد معاوضة على عمل آدمي يعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه (الرصاع على ابن عرفة ص ٤٠٢) .

(٢) سورة يوسف ، الآية : ٧٢ .

(٣) في (م) : أكلت .

(٤) أخرجه أبو داود في الطب باب كيف رقي ٢ / ٢٢٠ .

(٥) انظر : المدونة : ٣/٤١٩ - ٤٢٢ ، التفريع : ٢/ ١٩٠ ، الرسالة ص ٢١٨ ، الكافي ص ٣٧٦ .

(٦) ما بين قوسين سقط من (ق) .

فصـل [٢ - في حكم عقد الجعالة من حيث اللزوم والجواز] :

الجعل جائز وليس بلازم إلا أن يشرع المجعول له في العمل فيلزم [١] ، وذلك لأن العمل جار فالجواز فيه دون اللزوم فلم يجز إخراجه عن بابه ، وإذا شرع في العمل فقد حصل أخد الطرفين فلا يجوز إبطاله [٢] ، وإنما يجوز عندنا في الشيء الخفيف الذي لا خطر له أو ما لا ينحصر بأجرة ، فأما ما يمكن أن يعقد عليه إجارة فيه أولى لأنها أبعد عن الغرر ، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى .

فصـل [٣ - عدم جواز كون الأجرة في الجعل مجهولة] :

لا يجوز أن تكون الأجرة في الجعل مجهولة [٣] لأنه غرر ، ولأن الجهل يدخل العقد من الطرفين ، ولأن الجهل في العمل إنما يجوز للضرورة إليه لأنه لا يمكن حصره ولا ضرورة إلى ذلك في الجعل ، فمن ذلك أن يجعل لمن جاء بعبده الآبق أو جمله الشارد نصفه لا يجوز لأنه لا يعرف صفته وقت المجيء به .

يجوز حصاد الزرع وجذاذ الثمر بنصفه لأنه معلوم ، وإن قال : احصده فما حصدت من شيء فلك نصفه أو ثلثه [٤] ، فجائز أيضاً لأنه معلوم ، ولأن كل جزئين من الزرع مستحق بإزائها جزء منه ، فإن قيَّد ذلك بزمان بعينه مثل : أن يقول احصد زرعي هذا اليوم ، فما حصد منه فلك نصفه : فقيل : لا يجوز لأن قدر ما يحصد في اليوم غير معلوم، وقيل: يجوز لأن الأجرة في الجملة مقدرة.

فأما نفض الزيتون بنصف ما يسقط منه : فإن أراد تحريك الشجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول ، وإن أراد الجميع جاز .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ١٩٠ ، الكافي ص ٣٧٧ .

(٢) فلا يجوز إبطاله : سقطتْ من (ق) .

(٣) انظر : المدونة : ٣/٤١٩ - ٤٢٠ ، التفريع : ٢/ ١٩٠ ، الرسالة ص٢١٨ ، الكافي ص ٢٧٦ .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ١٩٠ .

فصـل [٤ - فيمن جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر] :

من جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر : فإن كان ذلك شأنه وعادته ويعلم أنه يتكسب به فله أجرة مثله بقدر تعبه وسفره وتكلف طلبه (١) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنه متطوع لا شيء له (٢) ، لأن منافعه فيما لو أضاعه ربه لعُدَّ سفها منه يوجب له الأجر عليها أصله لو سقط من موضع عال أو وقع في بئر فأخرجه ، فأثبت ذلك فله أجر مثله لأنه ليس هناك مسمى ، فإن أبى صاحب العبد أن يدفع إليه خلا بينه وبين العبد لأن امتناعه من ذلك رضا بإسلام(٣) العبد ، وإن علم أن ذلك ليس من شأنه وعادته أنه يرتفع عن مثله وإنما فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة فليس له أجرة إن طلبها لأن دعواه لذلك ينافي ظاهر حاله ، فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئاً .

فصـل [٥ - مشارطة المعلم على تعليم الصبي القرآن ، ومشارطة الطبيب على برء العليل] :

تجوز مشارطة المعلم على تعليم الصبي القرآن على الحذاق ، ومشارطة الطبيب على برؤ العليل (٤) لأن الضرورة تدعو إلى ذلك فجُوِّز لأجلها إذا كان مقامه في التعليم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدة .

فصـل [٦ - الجعالة على حفر الآبار] :

يجوز (٥) الجعل على استخراج المياه في الآبار والعين على صفة معلومة

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ١٩٠ .

(٢) انظر : المبسوط : ١١/ ١٧ ، المهذب : ١/ ٤١٨ .

(٣) في (م) : بتسليم .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ١٨٦ ، الرسالة ص ٢١٩ ، الكافي ص ٣٧٤ .

(٥) يجوز سقطت من (ق) .

ومعرفة بعد الأرض وقربها وشدتها ولينها ، فإن لم يعرف ذلك لم يجز [1] لأنها معاوضة على عمل مجهول لا تدعو ضرورة إليه ، وإن لم يأت الماء فلا شيء له إلا أن يكون رب الدار [2] قد انتفع بشيء من عمله فتكون له الأجرة بقدره .

(تم البيع والحمد لله رب العالمين) [3]

* * *

(١) انظر : المدونة : ٣/ ٤٢١ ، التفريع : ٢/ ١٩٠ - ١٩١ ، الرسالة ص ٢١٨ - ٢١٩ ، الكافي ص ٧٧ .

(٢) في (م) : الأرض .

(٣) ما بين قوسين : سقط من (م) .



كتاب القراض [1]

لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة [2] ، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه ، وروي عن عمر رضي الله عنه وعثمان وعليّ [3] ، وكثير من الصدر الأول ، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فدعت الضرورة إلى استنابة غيره .

وإنما لم [4] يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة [5] معلومة لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح فلما كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساقات والأصل في البابين متقارب .

مسألة [١ - صفة القراض] :

وصفة القراض : أن يدفع الرجل مالاً إلى غيره ليتجر فيه ويشتري ويبيع ويبتغي من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير على ما نبينه .

---

(١) القراض : مأخوذ من القراض وأصل القرض ما يفعله الرجل ليجازي عليه من خير أو شر هذا في اللغة ، أما في الاصطلاح فهو : تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة (انظر : المقدمات : ٣/ ٥ ، حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ٣٧٩) ويسمى عند أهل العراق مضاربة .

(٢) انظر : الإجماع ص ١٢٤ ، المحلي : ٩/ ١١٦ ، بداية المجتهد : ٧/ ٤٩٣ ، شرح النووي لمسلم : ٦/ ٤٢٠ .

(٣) انظر : الموطأ : ٢/ ٦٨٧ - ٦٨٨ ، مصنف عبد الرزاق : ٨/ ٢٤٨ .

(٤) في (م) : وربما .

(٥) في (ق) : بأجارة .

فصـل [٢ - فيما يجوز القراض به] :

ولا يجوز القراض إلا بالدراهم والدنانير [١] لأنهما أصول الأثمان التي تتمول ويفزع إليها في التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات ، وعنه [٢] في جوازه بالتبر والنقار روايتان [٣] : وابن القاسم يحمل المنع على الكراهية ويقول : إن نزل أمضيته .

فوجه الجواز أنه عين مال ذهب أو فضة لم يخرج عن حكم التعامل به كالمضروب ، ولأنه ليس في كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب ، والسكة لا تأثير لها في الجواز ولا في المنع بدليل أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق في الصرف قبل القبض وغير ذلك ، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزافاً ومنعه في المضروب لأن ذلك لمعنى يرجع إلى الغرر وكثرته في المسكوك .

ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ما هي عليه وإنما يصير أثماناً متعاملاً بها بعلاج وصنعة ، فإذا لم تصر أثماناً فهي في حكم العروض ، ولأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثماناً ، ولولا عقد القراض لم يفعل [٤] ذلك ولا يخلو أن يكون بأجرة أو بغير أجرة ، فإن كان بغير أجرة كان ذلك زيادة أرادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوي ، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة ، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها .

---

(١) انظر : الموطأ : ٦٩٨/٢ ، المدونة : ٤٦/٤ ، ٤٧ ، التفريع : ١٩٤/٢ ، الرسالة ص ٢٢٠ ، الكافي ص ٣٨٤ .

(٢) يعني عن الإمام مالك - رحمه الله - .

(٣) انظر : المدونة : ٤٧/٤ ، التفريع : ١٩٤/٢ ، والمشهور في المذهب جوازه (الفواكه الدواني : ١٧٤/٢) .

(٤) في (م) : لم يضر .

فصـل [٣ - في عدم جواز القراض بشيء من العروض والحيوان] :

ولا يجوز القراض بشيء من العروض والحيوان وما عدى الذهب والفضة [١] خلافاً لابن أبي ليلى [٢] ، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها : أنه إجارة مجهولة وأن العامل لا يدري هل يكون في المال ربح أو خسران إلا أنه [٣] جوز للضرورة ، فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع فقط ، ولأن رأس المال لا بد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفسي العرض أو قيمته : فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهي تساوي خمسة آلاف وفي ذلك تلف أجرته وإلحاق الضرر به وقد يأخذها تساوي ألفاً فيردها تساوي مائة وفي ذلك تلف رأس المال ، وإن جعلا رأس المال قيمة السلعة بطل لأمرين : أحدهما أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها ، وهذه زيادة منه عليه ، وذلك غير جائز ، والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو وقت المعاملة [٤] ، وأي ذلك كان ففيه ما يؤدي إلى إتلاف [٥] المال وذهاب عمل العامل وكل ذلك إضرار وغرر ، فإن نزل فسخ ما لم يعمل ، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجرة المثل في بيع العرض [٦] ، وقد اختلف قوله[٧] فيما يجب له في القراض الفاسد ونحن نذكره فيما بعد إن شاء الله [٨] .

---

(١) انظر : المدونة : ٤/٤٧ ، التفريع : ٢/١٩٤ ، الرسالة ص ٢٢٠ ، الكافي ص ٣٨٤ .

(٢) انظر : المغني : ٥/١٧ ، مجموع فتاوي ابن تيمية : ٣٠/٩١ .

(٣) في (م) : إن غير أنه .

(٤) في (م) : المفاضلة .

(٥) في (م) : تلف .

(٦) في (م) : العروض .

(٧) في (م) : وقد اختلف في قوله .

(٨) إن شاء الله : سقطت من (م) .

فصـل [٤ - في كون القراض عقد أمانه] :

القراض عقد أمانة : فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما ، فإن لم يكن ربح ولا وضيعة ونض [١] رس المال وأراد العامل أو رب المال فسخ العقد ، فذلك له ، وكذلك لو أراده قبل العمل لأنه عقد جائز وليس بلازم إلا أن يشرع[٢] العامل في العمل ، فلا يكون لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر لتعلق حق كل واحد منهما به ، وإن كان فيه وضيعة فمن مال [٣] رب المال إلا أن يكون بتعد من العامل فيلزمه بتعديه ، فإن شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسداً [٤] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أن القراض صحيح والشرط باطل [٥] ، لأن أصل القراض موضوع على الأمانة ، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله ، والعقد إذا ضامه [٦] شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها .

فصـل [٥ - في معنى جواز القراض بما اتفقا عليه من الأجزاء] :

وإنما قلنا : يجوز القراض بما اتفقا عليه من الإجزاء قل أو كثر لأنه في معنى الإجارة ، والعوض في الإجارة موكول في مقداره إلى تراضيهما ، فكذلك القراض .

---

(١) نض : يقال : نض الشيء حصل ، ونض الثمن حصل وتعجل ، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً (انظر المصباح المنير ص ٦١٠) .

(٢) في (ق) : إلا بشرع .

(٣) مال : سقطت من (م) .

(٤) انظر : الموطأ : ٦٩١/٢ ، المدونة : ٤٩/٤ ، التفريع : ١٩٥/٢ ، الرسالة ص ٢٢٠ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٤ - ١٢٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ١٢٧/٢ ، ١٣٠ .

(٦) في (م) : أصابه .

فصـل [٦ - اشتراط جميع الربح لأحدهما] :

يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما [١] خلافاً لأبي حنيفة (والشافعي [٢] في قولهما : إن العقد فاسد ، ولأبي حنيفة) [٣] في قوله : أنه إذا كان بشرط جميع الربح للعامل كان قرضاً لا قراضاً ، لأن تقدير الربح موكول إلى تراضيهما ، فجاز لأحدهما تركه للآخر ، ولا يجوز أن يصير [٤] قرضاً لأن رب المال قصد أن يكون قراضاً فلا يجوز أن يضمن العامل لأجل أن رب المال أسقط حقه من الربح .

فصـل [٧ - في عدم جواز القراض إلى أجل يلزمه العمل به] :

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل به إلى ذلك الأجل [٥] لأن القراض عقد جائز فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك [٦] خلاف مقتضاه ووجب فساده ، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز .

فصـل [٨ - في نفقة العامل في القراض] :

لا نفقة للعامل إذا كان حاضراً [٧] لأنه لم يتعلق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة لأنه لو لم يكن بيعه قراض لكان لا بد أن ينفق على نفسه وعياله ، ولأن ذلك زيادة منه على رب المال فلم يجز ، وله النفقة إذا سافر والكسوة التي لولا الخروج بالمال لما احتيج إليها في الحضر خلافاً للشافعي

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/ ٦٩٠ ، المدونة : ٤/٤٨ ، التفريع : ٢/١٩٣ - ١٩٤ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣٤ ، مختصر المزني ص ١٢٣ ، المهذب : ١/ ٣٨٦

(٣) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٤) في (م) : يكون .

(٥) انظر : الموطأ : ٢/ ٦٩١ ، الكافي ص ٣٨٦ .

(٦) ذلك : سقطت من (م) .

(٧) انظر : الموطأ : ٢/١٩٦ ، المدونة : ٤/٤٩-٥١ ، التفريع : ٢/ ١٩٤ ، الرسالة ص ٢٢٠ ، الكافي ص ٣٨٥ .

وغيره [(١)] ، لأنه لم يدخل على وجه التبرع وإنما سافر طلباً للفضل فلو ألزمناه مؤنة السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بربحه المشترط له وزادت عليه ، ولأن سفره لما كان لأجل المال صار كبعض كُلَف المال ومؤنته ، وكذلك البهائم تحمل متاعه ، ولأن ذلك يكون زيادة من رب المال عليه وذلك غير جائز ، وكذلك إذا كان أعرابياً أقام في الحضر لأجل المال فله النفقة في إقامته كنفقة الحاضر إذا سافر.

فصــل [٩ – في كون النفقة ملغاة من الفضل] :

إذا ثبت ما ذكرناه ، فهذه النفقة ملغاة من الفضل كبعض المؤن ثم يقتسمان الفضل الباقي بعدها اعتباراً بأجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل المتاع ، فإن لم يكن في المال ربح وقد خرجت منه [(٢)] نفقة العامل لم يلزمه غرمها لرب المال لأنا لو ضمناه ذلك كان زيادة من رب المال عليه واعتباراً بسائر المؤن .

فصــل [١٠ – في عدم جواز انضمام عقد آخر إلى عقد القراض] :

لا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض عقد غيره من بيع أو إجارة أو غير ذلك ، ولا برفق يشترط أحدهما ليستبد بمنفعته على الآخر [(٣)] ، لأن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول ، وتجويزه للضرورة فلا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به فقط ، فمتى زيد عليه ما يخرجه عن باب رخصته بطل .

فصــل [١١ – في سفر العامل بالمال] :

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر ، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال ، فإن فعل ضمن والفصل بينهما [(٤)] لأن

---

(١) انظر : مختصر المزني ص ١٢٢ ، الإقناع ص ١٠٩ ، والمهذب : ١/٣٨٧ .

(٢) منه : سقطت من (ق) .

(٣) انظر : الموطأ : ٢/٦٩١ ، المدونة : ٤/٥٨ ، التفريع : ٢/١٩٥ ، الكافي ص ٣٨٦ – ٣٨٧ .

(٤) انظر : المدونة : ٤/٦١ – ٦٣ ، التفريع : ٢/١٩٤ ، الكافي ص ٣٨٦ .

العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقد عرف أن من عادة التجار التقلب بالمال حضراً وسفراً وطلب النماء فيه بسائر الوجوه ، كما أنهم يتقلبون [1] به في سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربص به وقت تغير سوقه فالإطلاق محمول على العرف والنسيئة [2] بخلاف ذلك لأن إطلاق العقد لا يقتضي إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وحبسه عليه ، فإذا ثبت ذلك ضمن متى أنسأ المال أو شيئاً منه ولم يضمن في السفر إلا أن يشترط عليه تركه ، وله ذلك إذا كان مندوحة في الحضر تغنيه عن السفر وكذلك له أن ينهاه عن بعض السلع ، ولأن له في غيرها سعة ، ولأن نهيه عنها لا يمنعه التقلب في المال وطلب الربح ، وليس له أن يقصره على بعض السلع لأن منعه عن سلعة معينة بخلاف قصره على سلعة معينة لأن قصره يمنعه مقتضى العقد والمطلوب به من التقلب في المال ورجاء [3] النماء فيه لأن ذلك إنما يكون في الاضطرار المتسع فيه دون المضيق إلا أن يكون النوع الذي قصره عليه متسعاً في الوجود يعتمد على مثله ولا يمنع القصر عليه من الربح في المال مأمون العدم في وقت من الأوقات فيجوز .

فصـــل [١٢ – منع مشاركة العامل غيره في المال] :

لا يجوز للعامل أن يشارك غيره في المال [4] لأن رب المال إنما [5] رضي بأمانته في المال [6] وكون المال في يده ولم يأذن له في تسليمه إلى غيره ، فإن

---

(١) في (ق) : يتلفون .

(٢) جاء في الإشراف : لأن بالنسيئة قد أخرج المال عن يده وذلك خلاف مطلق العقد: ٥٨/٢ ، وقال في التلقين : ولا يجوز التأجيل فيه : ٤١٢/٢ .

(٣) في (م) : طلب .

(٤) انظر : المدونة : ٥٤/٤ ، التفريع : ١٩٥/٢ ، الكافي ص ٣٨٧ .

(٥) إنما : سقطت من (م) .

(٦) في (ق) : ودام فهو .

فعل وسلم فهما [1] على شرطهما ، وإن تلف المال أو وضع ضمن العامل بتعديه .

فصــل [١٣ - إذا مات أحد المتقارضين] :

إذا مات أحد المتقارضين : فإن كان العامل نُظر : فإن كان مات والمال عين بحاله ما ابتاع به شيئاً فلربه أخذه ولا مقال لورثة العامل سواء كانوا أمناء أو غير أمناء ، وليس لرب المال أيضاً إلزامهم العمل بالمال [2] لأن موروثهم لو كان حياً فأراد رد المال وهو عين لكان ذلك له فكذلك الورثة ، وإنما لم يكن لهم مقال لأن الميت لم يتعلق له في المال حق فيجب لهم ما وجب له ، وإن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف في المال ، فقد تعلق لكل واحد من الفريقين حق بالمال: أما الورثة فإنهم مخيرون بين أن يعملوا بالمال إن كانوا أمناء قادرين على العمل لا يخاف على المال منهم إتلاف أو إضاعة ، فإن لم يكونوا أمناء أو كانوا أمناء [3] إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم ، فإن آتوا بأمين ثقة يبصر العمل ويعرفه لزم تسليم المال إليه ، وقام مقامهم في البيع وتصحيح الثمن لرب المال ، فإن عجزوا عن ذلك كله سلموا المال ولم يكن لربه مطالبتهم بشيء .

وإنما قلنا : إن لهم المطالبة به لأنه قد تعلق فيه حق الربح الذي يرجونه فيما ابتاعه موروثهم فليس لرب المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم ، ولأنه حق أوجبه عقد معاوضة ، فجاز أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب .

وإن قال [4] الورثة لرب المال : نحن نبيع ونوفيك رأس مالك وتخلي بيننا وبين السلع فليس ذلك لهم إلا أن يرضاه [5] لأنه قد تعلق له حق في المبتاع لأنه

---

(١) في (ق) : ودام فهو .

(٢) انظر : المدونة : ٦٨/٤ ، الكافي ص ٣٨٧ .

(٣) أمناء : سقطت من (م) .

(٤) في (ق) : قالوا .

(٥) في (م) : يرضى .

مشتري بماله ، فله من حق الربح مثل مالهم ، وأما إن مات رب المال فإن العامل على حاله فإن مات قبل العمل ، فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه في فسخ العقد والمضي عليه ، وإن كان بعد الشراء فليس [1] لأحدهما فسخه إلا أن يرضى [2] الآخر : أما الورثة فإنهم يقولون لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عيناً فكذلك لنا مثل ما كان له ، وأما العامل فقد تعلق له في المال حق ما يرجوه من الربح ببيعه فليس لهم فسخه عليه .

فصل [١٤ - لكل من المتفاوضين فسخ العقد قبل الشروع] :

قد بيَّنا أن لكل واحد من المتقارضين فسخ العقد قبل الشروع في العمل : فإذا عمل العامل فليس لأحدهما المطالبة برده رأس المال إلا أن يرضى الآخر ويلزم العامل التقاضي في البيع حتى يرده عيناً لأن الجزء المشترط من الربح إنما يستحقه بعمله الذي هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمي ، وفي رده إياه عروضاً إسقاط أكثر العمل لأن العروض يحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عيناً .

فصل [١٥ - إذا خسر في مال القراض ثم عمل به من بعد فربح] :

إذا خسر في مال القراض ثم عمل به من بعد فربح نظر : فإن كان تفاصلاً بعد الخسران لم يجبر الخسران بالربح الثاني وكان رأس المال ما بقي بعد الخسران يجبر من هذا الربح ، فإن فضل شيء تقاسماه وإلا لم يكن للعامل شيء ولا يرجع عليه بخسران [3] ، وإنما وجب ذلك لأن الحق للعامل في الربح لا في رأس المال ولا يكون ربح إلا بعد حصول رأس المال ، فإذا حصل في المال خسران لم يستحق العامل شيئاً لأنه لا يصل إلى شيء من الربح إلا إذا وصل رب المال إلى جزئه ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكن رأس المال .

---

(١) ليس : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : برضا .

(٣) انظر : المدونة : ٥٣/٤ ، التفريع : ١٩٦/٢ ، الكافي ص ٣٨٧ .

فصل [١٦ - في المستحق بالقراض الفاسد] :

اختلف قول مالك في المستحق بالقراض الفاسد [١] ، فعنه في ذلك روايتان[٣]: إحداهما : أن للعامل قراض المثل ، والأخرى : أجرة المثل .

وفصل ابن القاسم فقال : إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة الزيادة زادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل .

وذكر ابن الموّاز عن مالك في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمي له من الربح .

فوجه اعتبار قراض المثل في الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة ، فكذلك القراض .

فوجه اعتبار أجرة المثل هو : أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً مسمى للعامل بالعمل ، فإذا كان فاسداً فللعامل أجرة المثل في عمله أصله الإجارة الفاسدة ، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس .

ووجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضي به العامل لأنه إذا رضي أن يعمل على أن يكون عوضه على العمل من الربح[٤] على الفساد بما ذكرناه ، فقد رضي أن يكون له فيما يصح بحسابه ، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه لأن رب المال يقول : أنت رضيت بالمسمى عوضاً عن عملك فليس فساد العقد موجباً لك زيادة في العوض .

---

(١) المقصود بالقراض الفاسد مثل أن يشترط على العامل شروطاً فاسدة كأن يوكله على خلاص دينه أو وديعته غير أمين ويجعل ذلك الدين أو ثمن الوديعة قراضاً ، والمشهور في هذا أن له أجرة المثل (انظر : الشرح الصغير : ٤/١٣٦) .

(٢) انظر : المدونة : ٤/٤٧ ، التفريع : ٢/١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي ص ٣٨٧ .

(٣) والمالكية يقولون : إن كان الفساد تطرق إلى رأس المال يكون فيه أجرة المثل ، وأما إن تطرق إلى الربح فيكون فيه قراض المثل .

(٤) على العمل من الربح : سقطت من (م) .

فصــل [١٧ - فائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل] :

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل : أن أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال كان في المال ربح أم لا ، وقراض المثل يتعلق بربح إن كان في المال ، فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل ، ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه يفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي عمله مما رضيه عوضاً لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك (١) .

فصــل [١٨ - عدم المفاضلة في الربح إلا بحضور رأس المال] :

لا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضرة (٢) المال (٣) لما بينا أن الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال ، ومتى كان عروضاً وتقاسما الربح لم يأمن أن ينقص السعر فيخسر رأس المال ، أو ينظر (٤) إن كان ديناً فيؤدي ذلك إلى ما منعناه .

فصــل [١٩ - زكاة القراض] :

زكاة رأس مال القراض على رب المال ، وزكاة الربح تابعة لأصله فلزم العامل في حصته إذا كان الحول قد حال على رأس المال سواء كان في حصته نصاب أو أقل لأن الربح تابع للأصل ، وإن كان العامل عبداً أو ذمياً فلا زكاة عليه في حصته من الربح عند ابن القاسم لأنه ليس من أهل الزكاة ، وقال عبد الملك : تلزمه الزكاة لأن الجملة على ملك رب المال (٥) ، ولأن الربح تابع للأصل .

فصــل [٢٠ - إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل] :

إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل نُظر : فإن شرط عليه زكاة

---

(١) في (م) : بصحة ذلك .

(٢) في (م) : على .

(٣) انظر : الموطأ : ٢/٧٠٢ ، التفريع : ٢/١٩٧ ، الكافي ص ٣٨٧ .

(٤) في (م) : ينكسر .

(٥) انظر : المدونة : ٤/٥٢-٥٣ ، التفريع : ٢/١٩٧ - ١٩٨ ، الكافي ص ٣٨٨ .

رأس المال [١] والربح لم يصح لأن ذلك يؤدي إلى الجهل بجزء [٢] اللعامل ، ولأنه قد يأتي على أجرته ويزيد عليها وإن شرط عليه زكاة رأس الربح وحده[٣] جاز أيهما شرطه على الآخر [٤] جاز لأن ذلك جزء معلوم مستثنى من جزئه كأنه إن قارضه على النصف وشرط زكاة الربح في حصته ، قال : قارضتك على النصف إلا ربع العشر ، وذلك معلوم فيجوز ، وما ابتيع من ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها ملغاة من أصل المال لأنها مؤنة من المؤن والله أعلم [٥] .

* * *

---

(١) في (ق) : المال .

(٢) في (ق) : بجزاء .

(٣) وحده : سقطت من (م) .

(٤) في (م) : الأجير .

(٥) والله أعلم : سقطت من (ق) .

كتاب [1] المساقاة وكراء الأرض والمزارعة

المساقاة [2] جائزة [3] خلافاً لأبي حنيفة [4] ، لما روي : أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشرط من ثمر وزرع [5] ، وروي أنه ساقى أهل خيبر [6] وكان يبعث عبد الله بن رواحة [7] فيخرص عليهم [8] ، ولأن ذلك فعل الأئمة أبي بكر وعمر [9] وغيرهما ولا مخالف من السلف فيه ، ولأنه مال لا ينمي بنفسه ولا تجوز إجارته ، وإنما ينمى بالعمل عليه فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه أصله مال القراض ، ولأن الغرر والخطر فيها أقل منه في القراض فكان بالجواز أولى .

---

(1) في (م) : باب .

(2) المساقاة في اللغة : استعمال رجل رجلاً في نخل أو كرم يقوم بإصلاحهما ، وفي الاصطلاح قال ابن عرفة في تعريفها : عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير علته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جُعل . (انظر : الرصاع على ابن عرفة ص ٣٨٦) .

(3) انظر : الموطأ : ٢/ ٧٠٤ ، المدونة : ٢/٤ ، التفريع : ٢/ ٢٠١ ، الرسالة ص ٢٢٠ ، الكافي ص ٣٨١ .

(4) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٢٣٣ .

(5) أخرجه البخاري في الإجارة ، باب : إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما : ٣/ ٥٥ ، ومسلم في المساقاة ، باب : المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع : ٣/ ١١٨٦ .

(6) هو الحديث السابق .

(7) **عبد الله بن رواحة** : بن ثعلبة بن امريء القيس الخزرجي الأنصاري ، أحد السابقين، شهد بدراً واستشهد بمؤتة ، وكان ثالث الأمراء بها في جمادي الأولى سنة ثمان (تقريب التهذيب ص ٣٠٣) .

(8) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٧٠٣ ، وهو مرسل .

(9) فعل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما - أخرجه ابن ماجه في الأحكام ، باب : الرُخصة في المزارعة : ٢/ ٨٢٣ .

فصل [١ - فيما تجوز فيه المساقاة] :

تجوز المساقاة في الأصول كلها والشجر [١] خلافاً للشافعي في قوله : أنها لا تجوز إلا في النخل والكرم [٢] ، لما روي : « أن رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر » [٣] فعم ، وكأنه أصل له ثمر [٤] فجازت المساقاة عليه أصله النخل والكرم .

(فصل [٢ - جواز مساقاة الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه] :

الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقاة عليه لأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته ، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر ، ولأنه ليس باطل ولا يدري هل ينبت حبه أم لا ينبت ، وكذلك المقاثي والمطابخ إذا ظهرت كالزرع) [٥] .

فصل [٢ - صفة المساقاة] :

صفة المساقاة : أن يدفع الرجل حائطه وفيه النخل والشجر [٦] إلى من يعمل فيه على جزء من الثمر يتفقان عليه قل أو كثر من نصف أو ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر من الأجزاء المقدرة المعلومة على أن يكون العمل والكلف والنفقة فيما يحتاج إليه الثمرة المساقى عليها ، وجميع المؤن على العامل مثل السقي والآبار والجذاذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر ومما لا يبقى بعد انصراف العامل .

وإنما قلنا ذلك لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذي يصلح به الثمرة ، ولا

---

(١) انظر : المدونة : ٢/٤ - ٥ ، التفريع : ٢٠١/٢ ، الرسالة ص ٢٢٠ ، الكافي ص ٣٨١ .

(٢) انظر : الأم : /١١٤ ، مختصر المزني ص ١٢٣ ، الإقناع ص ١١٠ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) في (ق) : له ثمن .

(٥) سقط هذا الفصل كاملاً من (ق) .

(٦) في (م) : الثمرة .

يجوز أن أن يكون بعضه على رب الحائط [1] لأن ذلك زيادة يزدادها العامل ، ولأن النبي ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة بل أنفقوا من أموالهم ، وأما ماعدى ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يجوز ولا يلزمه اشتراطه عليه وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشا ء غراس أو بناء بيت يجبى فيه الثمر أو ما أشبه ذلك لأن كل هذا زيادة مشترطة على العامل ينفرد بهارب المال ، وذلك غير جائز لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة ، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلا ما قد [2] جوَّزه الشرع ، ومن ذلك اشتراطه ضفيرة بينها [3] ، فاختلفت عبارات أصحابنا في ذلك فمنهم من قال : الحائط حول المراح ، ومنهم من قال : موضع مجتمع الماء، ومنهم من قال : هي الشجرة يغرسها وجعل موضع دنيتها بينهما ويشبه أن يكون تصحيفاً ، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليه وإن كنا نعلم أن المراد واحد منها [4] ، وما شعث من آلة الحائط ، فعلى رب المال صلاحه كالدولاب ينكسر أو يموت بعض البقرة [5] أو يذهب بعض الآلة أو يغور العين أو تنهار البئر وما أشبه ذلك ، وإنما قلنا ذلك ليصل العامل إلى العمل ويتمكن منه ولا يبطل حقه.

فصـل [٤ - جواز تراضيهما على ما شاء من الأجزاء في المساقاة] :

وإنما قلنا : إن لهما أن يتراضيا على ما شاءا من الأجزاء لأنه عوض على منافع يجوز بغير بدل ، فلم يتعذر البدل فيها كالإجارات والقراض ، وإذا [6] ساقاه

---

(١) في (م) : المال .

(٢) في (م) : إلا قدر .

(٣) ضفيرة بينها : عبارة وردت في موطأ مالك : ٧٠٦/٢ ، واختلفت تفسيرات الأصحاب فيها (الرسالة ص ٢٠٢) .

(٤) منهما : سقطت من (ق) .

(٥) في (م) : النقر .

(٦) في (م) : فأما إذا .

على عدة أحدقة [1] متفقة الثمار أو مختلفة فلا يخلو أن يكون في عقد واحد أو عقود مفترقة : فإن كان في عقد واحد جاز على أجزاء متفقة ولم يجز على أجزاء مختلفة ، وإن كان في عقود مفترقة [2] جاز على أجزاء متفقة ومختلفة ، وحكم كل صفقة منفردة بنفسها ، وإنما منعنا اختلاف الأجزاء في العقد الواحد لأنها كالقراض [3] الواحد إذا ضمها عقد واحد فلا يجوز أن يساقى بعضه على جزء وبعض على خلافه ، ولأنه صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطها سقياً [4] واحداً ، فلا يجوز خلاف ذلك لأن المساقاة عقد خارج على الأصول ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به ، وعلله أصحابنا بأن فيه يرد فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائط الآخر .

فصل [٥ - في حكم المساقاة من حيث الجواز واللزوم] :

عقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر [5] لأنه إجارة في خدمة عين قائمة كسائر الإجارات ، وإن مات العامل قام ورثته مقامه ، فإن كان فيهم من يتولى ذلك وإلا أكروا له من ماله ، وإن مات رب الحائط ، فالعامل على حاله .

فصل [٦ - مساقاة الحائط وفيه بياض ونخل وشجر] :

إذا ساقى حائطاً فيه نخل وشجر وأرض بياض [6] وسكتا عن ذكر البياض فلا شيء للعامل فيه ، ولرب الحائط زرعه أو إجارته ، فإن شرطه العالم لنفسه

---

(١) في (م) : أفرحة .

(٢) في (م) : متفرقة .

(٣) في (ق) : كالقراح .

(٤) في (ق) : ضيفا .

(٥) انظر : المدونة : ٩٠٨/٤ ، التفريع : ٢٠٢/٢ ، الكافي ص ٣٨٢ .

(٦) أرض بياض : هي الأرض التي خلت من الزرع والشجر ، فهل تدخل في عقد المساقاة أم لا (الفواكه الدواني : ١٣٨/٢) .

يزرعه جاز إن كانت [1] قيمة أجرته بقدر ثلث [2] ثمن الثمرة بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه ، فإن زاد عليه لم يجز .

وإن شرط رب الأرض على العامل جزءاً مما يخرج من البياض جاز [3] .

وإنما أجزنا ذلك في اليسير لأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خيبر [4] ألغى البياض الذي كان فيها ، ولم ينقل أنه منع اليهود منه ولا أنه استثناه ولا طلب منهم أجرته .

وإنما شرطنا الثلث لأنه معتبر في الأصول في البيع ، والمقصود إذا أريد الفرق بينهما كمعاقلة المرأة الرجل واكتراء الدار فيها نخلة أو شجرة إذا استثنيت فكذلك هاهنا ، ومنعناه فيما زاد عليه لأنه يصير مقصوداً بالشرط وزيادة ينفرد بها العامل ويخرج على التبع ، وإنما جاز لرب الأرض أن [5] يشترط بعض ما يخرج منها لأنه لما جاز له إلغاء الجميع للعامل وجُعِل تبعاً معفوا عنه جاز له اشتراط بعضه تبعاً للسقاء ، ويجب أن يكون الجزء الذي يشترطه [6] موافقاً لجزء عقد السقاء لا مخالفاً له .

فصل [٧ - استثناء المكتري الجزء اليسير من البياض لنفسه] :

يجوز أن يكتري الرجل الدار يكسنها أو الأرض البياض يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون فيستثنيها المكتري ، وإن زادت على ذلك لم يجز

---

(١) في (م) : كان .

(٢) ثلث : سقطت من (ق) .

(٣) انظر : الموطأ : ٧٠٧/٢ ، المدونة : ٦/٤ ، التفريع : ٢٠٢/٢ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٨٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٨٦٦) .

(٥) في (ق) : إلى .

(٦) في (م) : يشرط .

له استثناؤها [١] ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز ذلك في القليل والكثير[٢] ، وإنما أجزنا ذلك في اليسير لأن الضرورة تدعو إليه لتطرق صاحب الدار عليه كل وقت إذا أراد أخذ ثمرته فربما كره المكتري مروره عليه ونظره إلى منزله واحتاج إلى تكلف ستر ما [٣] يكون في الدار عنه وغير ذلك مما يشق إذا تكرر ، فجعل له إزالة الضرر عنه باستثناء ذلك ليقطع تطرق المالك [٤] عليه ، كما أجزنا للمعرى شراء القرية ، فحرمها لقطع تطرق المعري عليه .

فصــل [٨ - تعليل الفصل بين الثلث وما زاد عليه] :

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليه [٥] للإجماع على منع [٦] ذلك فيما زاد على الثلث لأن ما دون الثلث يسير بيع لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها [٧] ، كما لا يتهم بذلك في العرية ، وإذا كان زاد على ذلك صار [٨] مقصوداً أو خرج أن يكون تبعاً [٩] كزيادة العرية على خمسة أوسق .

فصــل [٩ - جواز مساقاة البعل] :

تجوز مساقاة البعل وهو الذي يشرب من أصله من غير سقي ، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقي [١٠] ، لأن ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريد وغير ذلك ، فجاز السقاء عليها .

---

(١) انظر : الموطأ : ٧٠٨/٢ ، المدونة : ٦/٤ ، التفريع : ٢٠٢/٢ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٨٢ .

(٢) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢٢٨/٢ ، ٢٣٣ ، مختصر المزني ص ١٢٤ .

(٣) في (م) : من .

(٤) في (م) : رب المال .

(٥) عليه : سقطت من (ق) .

(٦) منع : سقطت من (ق) .

(٧) في (م) : بدو الصلاح .

(٨) في (ق) : كان .

(٩) في (م) : بيعاً .

(١٠) انظر : المدونة : ١١/٤ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٨١ .

فصل [١٠ - انتهاء المساقاة] :

انتهاء المساقاة إلى الجذاذ إذا كان السقاء لسنة واحدة لأن الحقوق تنقطع عنه ويقع الاستيفاء فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمرة العام المقبل [١] فلا يلزم إلا بعقد مستأنف ، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام ، فإن العامل لازم له إلى انقضاء المدة التي عقدا عليها .

فصل [١١ - المساقاة على ثمرة بعد ظهورها] :

تجوز المساقاة على ثمرة بعد ظهورها [٢] خلافاً للشافعي [٣] ، لأن المساقاة إنما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقي والخدمة والضرورة من الملك إلى استيعابه [٤] غيره وهذا يستوي فيه المعدوم والموجود ، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جوازه بعد الوجود مع قلة الخطر أولى .

فصل [١٢ - المساقاة على ثمرة بعد طيبها] :

واختلف في جواز المساقاة يليها بعد طيبها [٥] : قال ابن القاسم : لا تجوز ، وقال سحنون : تجوز ، فلابن القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجواز بيعها والإجارة عليها ، ولسحنون أن الضرورة إلى سقيها وتعهدها باقية لحاجتها إلى قيامها في النخل فكانت كالتي لم يبد صلاحها .

فصل [١٣ - الزكاة هي المساقاة] :

إذا أخرج الحائط خمسة أوسق ففيه الزكاة ، بخلاف الشركة في الثمرة لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح ، وببدو الصلاح قد وجبت الزكاة ، فكان

---

(١) في (ق) : المستقبل .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٧٠٦ ، المدونة : ٤/٥ ، الكافي ص ٣٨٣ .

(٣) انظر : الأم : ٤/١١ ، مختصر المزني ص ١٢٤ .

(٤) في (م) : استثنائه .

(٥) انظر : الموطأ : ٢/٧٠٧ ، المدونة : ٤/٥ ، الكافي ص ٣٨٣ .

الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل ، ويجوز أن يشترط أحدهما الزكاة على الآخر [1] في حصته بخلاف القراض [2] لأن ذلك جزء معلوم .

فصـل [١٤ - مساقاة النصراني] :

مساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل ، فإن كان المسلم هو فيكره [3] لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له وتواضعه لشيء يناله [4] من الدنيا [5].

فصـل [١٥ - عدم جواز اشتراط زيادة في المساقاة لأحدهما على الآخر] :

لا يجوز في المساقاة زيادة يشترطها أحدهما على الآخر كالقراض [6] لأن بهما ضيق لا يحتمل الشروط لخروجها [7] عن الأصول فيجب الاقتصار بها على ما ورد به الشرع .

* * *

---

(١) في (م) : الأخرى .

(٢) انظر : المدونة : ٤/٧ ، التفريع : ٢/٢٠٣ ، الكافي ص ٣٨٣ .

(٣) في (ق) : فكره .

(٤) في (م) : يتناوله .

(٥) انظر : المدونة : ٤/١٢١ ، التفريع : ٢/٢٠٢ ، الكافي ص ٣٨٣ .

(٦) انظر : الموطأ : ٢/٧٠٧ ، المدونة : ٤/١٢ ، التفريع : ٢/٢٠٢ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٨٢ .

(٧) في (ق) : لخروجه .

باب : [كراء الأرض]

يجوز كراء الأرض [1] للزرع بالذهب والفضة والعروض والحيوان ، ولا يجوز بالطعام كله على اختلاف أصنافه : كان مما تنبته كالحنطة والشعير وسائر الحبوب والثمار ، ومما لا تنبته كالعسل واللحم وغير ذلك ، ولا ببعض ما تنبته من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر والزعفران ، ويجوز بالخشب والقصب وما في معناهما .

فصـــل [١ - جواز كراء الأرض بالذهب والفضة وسائر العروض] :

(وإنما أجزناه بالذهب والفضة وسائر العروض لعموم قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ [3] والإجارة بيع المنافع ، وفي حديث رافع [4] أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها [5] ، فأما الذهب والفضة فلا بأس به ، ولأن كل ما جاز بيعه جازت الإجارة به .

فصـــل [٢ - تعليل منع كراء الأرض بالطعام] :

فإنما منعنا أن تكرى بالطعام ، فلأن ذلك هو المحاقلة [6] المنهي عنها [7]

---

(١) الكراء : هو بيع منفعة ما لا يمكن نقله (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ٣٩٨) .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٧١١ - ٧١٢ ، المدونة : ٣/٤٥٩ ، وما بعدها ، التفريع : ٢/١٨٣ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٧٧ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

(٤) **رافع بن خديج** : بن رافع بن عدي الحارثي الأوسي الأنصاري أول مشاهده أُحُد ثم الخندق ، مات سنة ثلاث أو أربع وسبعين ، وقيل قبل ذلك (تقريب التهذيب ص ٢٠٤).

(٥) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : كراء الأرض بالذهب والفضة : ٣/١١٧٦ .

(٦) المحاقلة : كراء الأرض بالطعام (النهاية : ١/٤١٦) .

(٧) أخرجه البخاري في المساقاة ، باب : الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط : ٣/٨١ ، ومسلم في البيوع ، باب : النهي عن المحاقلة : ٣/١١٧٥ .

والمخابرة كراؤها ببعض ما يخرج منها ، وقال أبو حنيفة : كل ما جاز أن يكون ثمناً في البياعات جاز أن تكرى به الأرض [1] ، وقال الشافعي : يجوز بالحنطة في الذِّمَّة ولا يجوز إذا شرط أنه مما تنبته تلك الأرض ، ويجوز بالطعام الذي لا يخرج منها كالعسل والسمن [2] .

فدليلنا على منع ذلك حديث رافع قال : كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ حتى روي لنا عنه أنه قال : « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكريها بثلث أو بربع أو بطعام مسمى » [3] وهذا نص ، ولأنه طعام فأشبه ما تنبته ، ولأن ذلك بيع طعام بطعام متأخر ومجهول لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام أو ما تنبته أرضه أو كراء من طعام بمثله إلى أجل وابتاع منه عسلاً أو لبناً بما تخرجه أرضهُ إلى أجل ، فدليلنا على منع إجارتها ببعض ما يخرج منها من غير الطعام أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها [4] ولأن الكتان والقطن وغيرهم مما تنبته الأرض فأشبه إذا اشترطا الثلث أو الربع ، وأما القصب والخشب فإنه ليس مما يزرع أو يقصد كراؤها لزرعه فجاز) [5] .

فصـل [٣ - اشتراط النقد في كراء الأرض] :

لا يجوز شرط النقد إلا في المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها ، والاعتبار في ذلك بحال الأرض وعادتها في الشرب [6] ، وإنما منعناه

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٨٨ - ٨٩ .

(٢) انظر : الأم : ٤/٢٥ ، مختصر المزني ص ١٢٨ .

(٣) أخرجه مسلم في البيوع ، باب : كراء الأرض : ٣/١١٧٦ .

(٤) أخرجه بمعناه البخاري في البيوع ، باب : المزارعة بالشطر : ٣/٦٨ ، ومسلم في البيوع ، باب : كراء الأرض بالطعام : ٣/١١٨١ .

(٥) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٦) انظر : المدونة : ٣/٤٥٩ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٧٧ .

ذلك بمثل ما منعناه في البيع : وهو أن يكون بيعاً وسلفاً ، وقرضاً جر نفعاً وقد فسرناه في الإجارة .

فصـــل [٤ - الشركة في الزرع] :

الشركة في الزرع جائزة وصفتها : أن يتكافيا في العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر فلا يجوز : كان العمل عليهما أو على أحدهما [١] لأن الذي له البذر قد باع حصته من شريكه بما تخرجه أرضه وذلك طعام بطعام متأخر إن زرعا طعاماً ، ومخابرة وكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وصاحب الأرض قد أكرى حصته ببعض ما يخرج منها ، وذلك غير جائز ، فإن زرعها على ذلك وتكافيا فيما سواه من العمل والبقر فالزرع لمن وليه منهما : فإن وليه صاحب الأرض فالزرع له وتغرم لصاحب البذر مثل [٢] مكيلة بذرة ، وإن وليه صاحب البذر (فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه ، فإن ولياه جميعاً اقتسماه نصفين فكان على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر) [٣] ، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض ، ويجوز أن يكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما والذي يحترز منه في هذا الباب أن يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوي ، فإذا سلم من ذلك جاز .

* * *

(١) انظر : المدونة : ٤/٢٩ - ٣٠ ، الرسالة ص ٢٢١ ، الكافي ص ٣٧٩ .

(٢) في (م) : نصف .

(٣) ما بين قوسين سقط من (ق) .



(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحيمِ ، وصلى الله على محمد) [1]

كتاب الشـركة

الشركة [2] على ضربين بمال وبدن ، فأما شركة الأموال فعلى ضربين : شركة عنان [3] ، وشركة مفاوضة ، والعنان هي أن يخرج كل واحد منهما رأس مال مثل ما يخرج صاحبه أو أكثر أو أقل ويخلطاه ويكون في حكم المختلط وإن لم تكن عينه مخالطة للآخر مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما عليه ويكون العمل عليهما بحسب رؤوس أموالهما والربح بينهما على مثل ذلك ، فهذا نوع[4] جائز من الشركة ، ولا يجوز أن يشترط العمل أو الربح بخلاف رؤوس الأموال ، فإن عقدا لشركة على ذلك وعملا فالشركة فاسدة ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين ويرجع من قل رأس ماله على صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة ، والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده ، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحدهما بملكه مما لم يدخله في رأس

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٢) الشركة لغة : الاختلاط ، وفي الاصطلاح : تقرير متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط هذا بالمعنى الأعم ، أما بالمعنى الأخص ، فهي بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع (حدود ابن عرفة ص ٣٢٢) .

(٣) شركة العنان - بكسر العين - وقد اختلف في تفسيرها ، فقيل : الشريك المخصوص ، وقيل : الشركة في شيء معين ، وقيل : هذا على أنه لا يبيع أحدهما إلا بإذن الآخر (حدود ابن عرفة ص ٣٢١) .

(٤) نوع : سقطت من (م) .

مال الشركة ويجوز فيها تساوي رؤوس الأموال وتفاضلها إذا كان العمل والربح بقدرة الله .

وشركة الوجوه [(١)] باطلة ، فأما شركة الأبدان [(٢)] فتجوز بشرطين : أحدهما[(٣)] اتفاق الصناعتين كالاشتراك في الخياطة والقصارة والنجارة وغير ذلك من الصناعات ، وتجوز عندنا في الاصطياد والاحتطاب ، ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين كقصار وحداد وصبّاغ وصواغ ، والثاني أن يكونا في موضع واحد ، فإن افترقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات [(٤)] أو اختلفت ، وإن افترقت الصناعتان لم يجز افترقت الأمكنة أو اتفقت ، وتجوز الشركة بالعروض على القيمة [(٥)] .

فصل [١ - وجه جواز شركة العنان] :

وجواز الشركة في المال [(٦)] على الشرط الذي قدمناه مجمع عليه ، وإنما الخلاف في انخرام بعض أوصافها على ما سنذكره ، وذكر بعض أصحاب مالك عنه أنه سئل عن شركة العنان فقال : لا أعرفها [(٧)] ، ومن سمّاها بذلك فسرها على وجوه من الاشتقاق : قيل : معناها تساوي الشريكين [(٨)] في التصرف والمال

---

(١) شركة الوجوه : هي أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على أن ما اشترياه يكون في ذمتهما وربحه بينهما ، وقيل : هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه (حدود ابن عرفة ص ٣٢٦ - ٣٢٧) .

(٢) شركة الأبدان : هي أن يشترك الاثنان أو أكثر على أن يعملا معاً ويقتسمان أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة والمكان متحد كذلك (أسهل المدارك : ٣٥٨/٢) .

(٣) شرطين أحدهما : سقطت من (م) .

(٤) في (ق) : الصناعتان .

(٥) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢٢/٤ ، وما بعدها ، التفريع : ٢٠٥/٢ - ٢٠٦ ، الرسالة ص ٢١٩ - ٢٢٠ ، الكافي ص ٣٩٠ - ٣٩٣ .

(٦) في (ق) : وجوازه في المال .

(٧) انظر الذخيرة .

(٨) في (م) : المشتركين .

في الكثير والقليل كتساوي الفارسين في السير ، وقيل : لأنها شركة ظاهرة مأخوذة من عناني الشيئ إذا أخطر ببالك فأظهرته ، وقيل : إنها معروفة في اللغة كقول الشاعر [١] :

وشركنا قريشاً في علاها   وفي أحسابها شرك العنان

وفي الجملة فمن أي شيء ثبت أنها أخذت إذا كانت على الصفة التي ذكرناها فإنها [٢] جائزة ، وإنما شرطنا أن تكون أيديهما على المالين بخلط أو جعله في صندوق أو غيره خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن الشركة تصح وإن كان مال كل واحد منهما في يده إذا عيناه واحصراه [٣] ، لأن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال ، فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة (لأنهما على ما كانا عليه من انفراد المالين فلم يحصل منهما إلا القول ، ومجرد القول لا يأتي له بدليل : أنهما لو تعاقدا إلى الشركة) [٤] على مال ولم يعيناه فإنها لا تنعقد لأن الشركة لا تحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه ، ولأن كل واحد من المالين يثبت على ملك صاحبه فلم تثبت به شركة أصله سائر أمواله عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه .

وإنما شرطنا [٥] خلطهما حتى لا يتميزا إذا كانا بحيث ينالهما أيديهما بالتصرف[٦] خلافاً للشافعي في قوله : إن الشركة لا تنعقد إلا بخلط المالين [٧] لأن أيديهما ثابتة على المالين كما لو خلطاهما [٨] .

---

(١) البيت الشعري قاله البانغة الجعدي (انظر الصحاح : ٢١٦٦/٦) .

(٢) في (م) : فهي .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٢٥/٢ - ١٢٦ .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٥) في (م) : لم يشرط .

(٦) في (م) : تصرفهما .

(٧) انظر : مختصر المزني ص ١٠٩ ، الإقناع ص ١٠٧ .

(٨) في (ق) : خلطاه .

وإنما شرطنا أن يكون العمل والربح على قدر رؤوس الأموال خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يجوز أن يخرج أحدهما ألفاً والآخر ألفين ويعملا بالمال على أن الربح بينهما نصفين [(١)] ، لأنه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب في جهة [(٢)] كل واحد من الشركين قسطاً من الربح والخسران ثم اتفقا على أن أحدهما لو شرط على الآخر جزءاً من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز كذلك إذا شرط جزءاً من الربح بعلة أنهما ثمرتا مال الشركة ، فوجب تساويهما فيه بقدر المال ، ولأن الربح ثمنه المال والمال أصله ، فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر الملك كأجرة العقار .

فصل [٢ - وجوب التساوي في العمل على قدر رؤوس الأموال] :

وإنما قلنا في العمل : إنه يجب التساوي فيه على قدر رؤوس الأموال كالربح لما ذكرناه في الربح ، ولأن اشتراط الزيادة استئجار من مشترطها للآخر بفضل ربح ماله وذلك غرر ، ولأن كل واحد ترك العمل (يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل) [(٣)] على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين ، أو شرط أكثر الربح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل .

وإنما قلنا : شركة المفاوضة جائزة خلافاً للشافعي [(٤)] ، لأن تقدير الشركة أنهما أخرجا المالين ثم وكل كل واحد منهما الآخر في التصرف فيه على الإطلاق وذلك جائز [(٥)] ، ولأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان لكن [(٦)] تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قبل

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٢٥/٢ .

(٢) في (م) : وجب في وجهه .

(٣) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ١٠٩ ، الإقناع ص ١٠٨ .

(٥) في (م) : غير جائز .

(٦) في (ق) : كما .

صاحبه من الحقوق والضمان يصح في الذمة لمجهول ، كمن استهلك شيئاً لمن لا يعرفه .

وإنما قلنا : إنه يجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله في الشركة وإن تفاضل رؤوس الأموال ، خلافاً لأبي حنيفة في منعه كل ذلك [١] ، وقوله : إن موضوع[٢] المفاوضة يقتضي التساوي ، لأن كل شركة جازت مع تساوي رؤوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان ، ولأنها شركة بمال في مكسب مباح فوجب أن يستوي في الجواز استواء المالين واختلافهما كالعنان ، ولأن عقد [٣] الشركة هو بيع نصيب [٤] أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتوكيل أحدهما الآخر في التصرف وذلك لا يفتقر إلى تساوي المالين .

وإنما قلنا : إن شركة الوجوه باطلة وهو أن يشتركا بغير مال بل بالذمم [٥] مثل أن يشتريا شيئاً في ذممهما [٦] على أن يبيعان ويقتسما ربحه [٧] خلافاً لأبي حنيفة[٨] ، لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح أصله إذا قال : بع عبدك وأنا شريكك في ثمنه أو ابتع ما تبتاعه ولي نصف ربحه ، ولأنه كل واحد يستعير وجه صاحبه ووجهه [٩] أو مستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل ، ولأن كل واحد يصير بائعاً لنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٢٢/٢ .

(٢) في (ق) : أن موضع .

(٣) في (م) : بيع .

(٤) نصيب : سقطت من (م) .

(٥) في (م) : بالدرهم .

(٦) في (م) : في ذمتهما .

(٧) في (ق) : يقتسماه .

(٨) انظر : المراجع السابقة .

(٩) في (م) : وجاهة .

وإنما قلنا : إن [1] شركة الأبدان في الجملة جائزة - خلافاً للشافعي[2] لأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما كالمال ، ولأنه أحد أصلي عقد القراض كالمال ، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون على العمل وأنهما لو شرطا [3] العمل على أحدهما لم يجز ، ولو شرطا المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز ولكان مضاربة ، وإذا صح هذا وجب متى اشتركا في عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد على الوجه الذي له يقصد وهو الأصل فيه ، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة [4] أحد الشريكين ويستحق به الربح بدليل المضاربة ، وكل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال .

وإنما أجزناها - في الاصطياد والاحتطاب خلافاً لأبي حنيفة [5] ، لأنه عمل مباح يكسبه فجازت الشركة فيه كالخياطة ، ولأن الحاجة داعية إلى التعاون على ذلك كسائر الصنائع [6] .

فصل [٣ - اشتراط الاتفاق في الصنعة المشتركة] :

وإنما شرطنا الاتفاق في الصنعة المشتركة خلافاً لأبي حنيفة في تجويزه شركة القصار والدباغ [7] ، لأن أحدهما لا وفق [8] له في مشاركة الآخر فلا حاجة به

---

(١) في (م) : وأما .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ١٠٧ ، الإقناع ص ١٠٨ .

(٣) في (م) : وأننا لو شرطنا .

(٤) جهة : سقطت من (م) .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٢٩/٢ .

(٦) في (م) : كسائر الاشتراك .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٢٧/٢ - ١٢٨ .

(٨) في (ق) : لا وفق له .

إلى معاونته ولا تعلق لكسبه بعمله ، فإنما قصد الغرر والقمار فقط فلأن كل واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشاركه الآخر في مثل ذلك فلم يصح ، أصله إذا قال : اتجر في مالك لنفسك واتجر أنا في مالي لنفسي فما ربحت فلك نصفه وما ربحت أنت فلي نصفه ، وإنما شرطنا أن يكونا في موضع واحد لأن التساوي في العمل لما كان معتبراً وكان لا يمكن الرفق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره .

وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتها : أن يخرج أحدهما ثوباً والآخر ثوباًأو عرضا [1] غيره ، ويعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثماناً ولا قالا : أن ثمن هذا الثوب كذا وثمن هذا الآخر كذا ، وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العروض مما يتميز أعيانها الثياب والدراهم السود مع البيض ، أو مما لا يتميز كالحنطة والعسل ، وقال الشافعي : إن كانت الشركة على أثمان العروض صحت [2] مثل أن يقول أحدهما : ثمن عرضي مائة ، ويقول الآخر : ثمن عرضي مائتان فيعقدا الشركة على ذلك ويكون رأس المال ثمن العرضين ، فأما إن سكتا فينظر : إن كان العرضان لا يعرفان بأعيانها ولا يتميزان بالخلطة ، فإن الشركة تصح بينهما ، وإن كانت مما يتميز كالثياب وغيرها فلا تصح مع سكوتهما ، ودليلنا على جواز الشركة بالعروض على الوجه الذي قدرناه [3] قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود﴾[4] ولأن العروض أعيان أموال ، فجازت الشركة فيها وإن لم يسميا أثمانها اعتباراً بما لا يتميز .

* * *

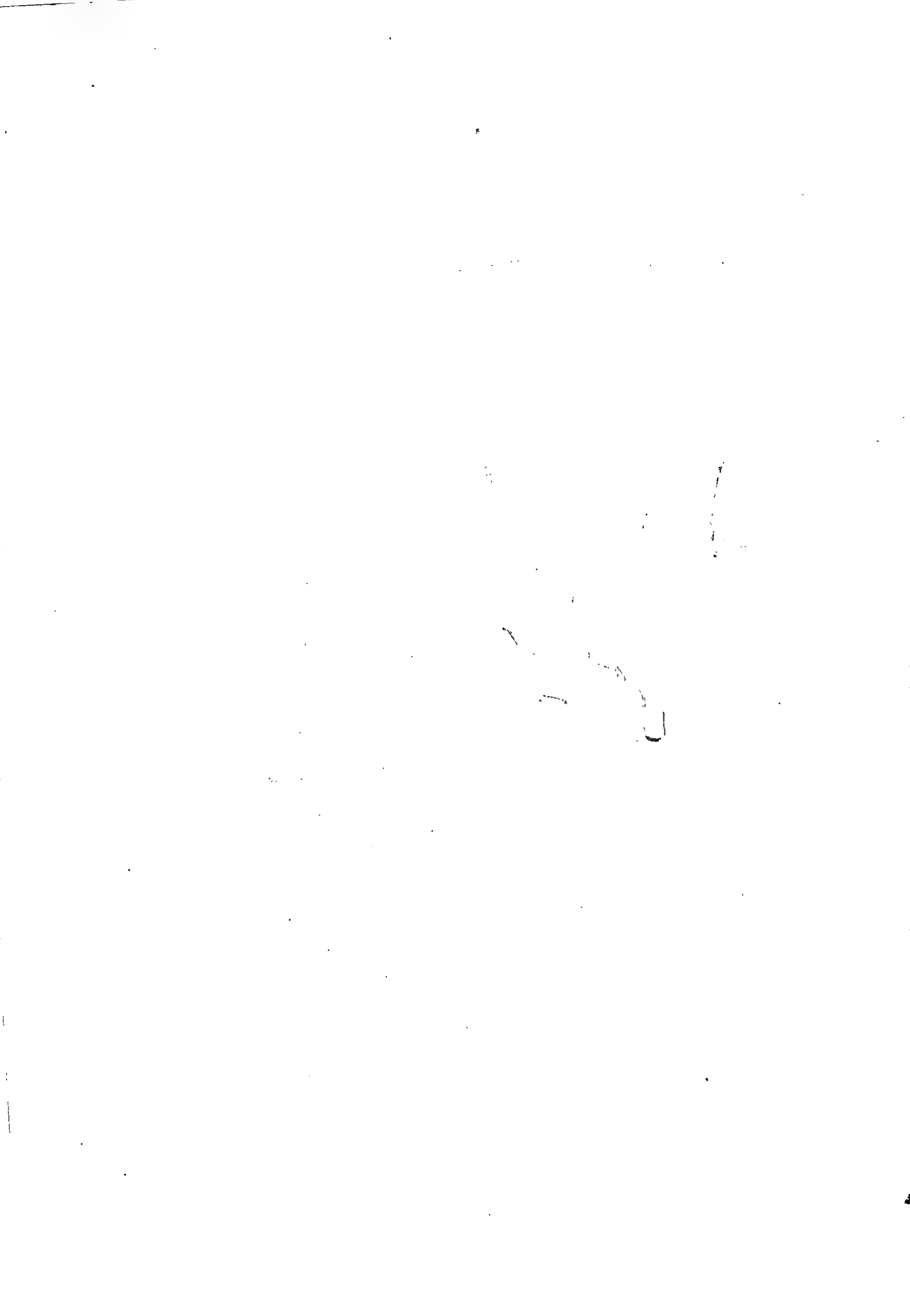
---

(١) في (ق) : أو عوضا .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ١٠٩ ، الإقناع ص ١٠٧ .

(٣) في (ق) : جوزناه .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ١ .



﴿ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾ (١)

كتاب الرهون

الأصل في جواز الرهن (٢) قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ (٣) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يغلق الرهن » (٤) وقوله : « الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه » (٥) ، وقوله : « الرهن محلوب ومركوب » (٦) ، ولأنه صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لأهله (٧) ، ولأنه وثيقة بالحق كالكفالة ، ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة وتارة بعين المال (٨) ، فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمرين .

---

(١) ما بين قوسين سقطت من (م) .

(٢) الرهن في اللغة : قال ابن فارس : الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره (معجم مقاييس اللغة : ٢/٤٥٢) ، وفي الاصطلاح قال ابن عرفة : الرهن مال قبضه توثق به في دين (الرصاع على ابن عرفة ص ٣٠٤) .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٤) ، (٥) أخرجه ابن ماجه في الرهون ، باب : لا يغلق الرهن : ٢/٨١٦ ، وفي إسناده محمد بن حميد الرازي مختلف فيه ، كما أخرجه الدارقطني : ٣/٣٢ ، والبيهقي : ٦/٣٩ ، وابن حبان والحاكم : ٢/٥١ ، وقال : حديث صحيح (انظر نصب الراية : ٤/٣٢٠) .

(٦) أخرجه الدارقطني : ٣/٣٤ ، وابن عدي في الكامل : ١/٢٧٢ ، والبيهقي : ٦/٣٨ ، والصحيح أنه مرفوع وأعله بعضهم بالوقف وأخرجه الحاكم : ٢/٥٨ ، وقال : صحيح على شرط الشيخين (انظر : تلخيص الحبير : ٣/٣٦) .

(٧) أخرجه البخاري في الرهن ، باب : من رهن درعه : ٣/١١٥ .

(٨) في (ق) : وتارة بالمال .

مسألة [١ - جواز الرهن في الحضر والسفر] :

الرهن جائز في الحضر والسفر [١] خلافاً لمن قصره على السفر [٢] ، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه لأهله[٣] ، وهذا رهن في الحضر واعتباراً بالسفر لأن الحاجة تدعو إليه في الموضعين ، ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر كالضمين [٤] .

مسألة [٢ - الدين الذي يجوز أخذ الرهن به] :

كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن فإن أخذ الرهن به جائز خلافاً لمن حكي عنه أنه لا يجوز إلا في السلم [٥] ، لقوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ [٦] ، وروي أنه صلى الله عليه وسلم رهن درعه عند يهودي على شعير اقترضه [٧] ، ولأنه دين لازم تمكن أخذه ثمن الرهن كالسلم .

فصــل [٣ - وجوب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه] :

إذا ثبت فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه من ذلك الأثمان في البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة ، فإن الصرف من شرطه التقابض عقيب العقد ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون ديناً لأنه يكون ديناً بدين ، فأما

---

(١) في الرهن انظر : الموطأ : ٢/٧٢٨ - ٧٢٣ ، المدونة : ٤/١٥١ وما بعدها ، التفريع : ٢/٢٥٨ - ٢٦٧ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤١٠ - ٤١٢ .

(٢) قال مجاهد : ليس الرهن إلا في السفر (المغني : ٤/٣٦٢) .

(٣) أخرجه البخاري في الرهن ، باب : الرهن عند اليهود وغيرهم : ٣/١١٦ ، ومسلم في المساقاة ، باب : الرهن في الحضر والسفر : ٣/١٢٢٦ .

(٤) في (ق) : كالتضمين .

(٥) قاله زفر .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

المسلم فيه [1] المتعلق بالذمة إلى الأمل فيجوز أخذ الرهن به ، وكذلك القرض والغصب وقيم السلع المتلفات وأروش الجنايات في الأموال [2] ، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة ، فأما قتل العمد والجراح التي لا يقاد منها فعلى قول مالك أنه ليس فيها إلا القود لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه ، وعلى قوله : أن الواجب به التخيير بين القود والدية ، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها ، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين الدية [3] عليه من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي يضمن أخذ الرهن فيها [4] ويجوز فيما لا يضمن منها ، ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثمن في البياعات وفي المنافع المستأجرة عليها المضمونة في الذمة دون الأعيان ، وكذلك الجعل بعد العمل لأنه قد لزم ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن في المهر ، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة .

مسألة [٤ - **في صحة عقد الرهن من غير قبض**] :

يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط في صحته ، فإذا عقد الرهن صح ولزم الإقباض ، فإن امتنع الراهن منه أجبر على ذلك ، ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما لم يكن من المرتهن تراخ في المطالبة به ورضا بتركه في يد الراهن [5] ، وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا عقداه من غير قبض فهو جائز وليس بلازم ، فإن شاء الراهن قبضه ولزم وإلا فله ألا يقبضه ولا يلزم [6] ، ودليلنا قوله : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ [7] وليس يخلو أن يكون شرطاً أو أمراً وأياً

---

(١) في (ق) : فأما السلم .

(٢) في (م) : المال .

(٣) الدية : سقطت من (م) .

(٤) فيها : سقطت من (ق) .

(٥) انظر : المدونة : ٤/ ١٥١، التفريع : ٢/ ٢٦٣ ، الرسالة ص ٢٣١، الكافي ص ٤١٠.

(٦) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٥٥ ، الإقناع ص ١٠١ .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

كان ذلك فالعقد حاصل وإن لم يوجد وكذلك الاسم ، ولأنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود عليه أصله سائر العقود ، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده كالبيع .

فصـــل [٥- إذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه رهن شيئاً لبعضهم]:

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان رهن شيئاً من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه فلا يقبل إلا ببينة تشهد بمعاينة القبض [١] خلافاً للشافعي في قوله : أنه يكفي التقارر في ذلك [٢] ، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فيما لا يسقط حق غيره ويمكن أن يكونا قد تراضيا على الإقرار بذلك ليسقط حق باقي الغرماء فلم يقبل إلا بشهادة البينة عليه .

فصـــل [٦ - اشتراط استدامة القبض في صحة الرهن] :

استدامة القبض شرط في صحة الرهن فمتى حصل مقبوضاً ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن [٣] خلافاً للشافعي [٤] ، لقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ [٥] ، فعم سائر أحوالها ، ولأنها حال من أحوال الرهن فكانت [٦] تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن مخرجه له عن الرهن أصله الابتداء .

فصـــل [٧ - في عقد الرهن قبل وجوب الحق] :

يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق ، فإذا وجب الحق كان رهناً به بذلك العقد ولا يحتاج إلى استئناف عقد ثان ، وكذلك يصح تقدم الضمان على الحق

---

(١) انظر : المدونة : ٤/١٥٧ - ١٥٨ ، التفريع : ٢/٢٦٤ ، الكافي ص ٤١٥ .

(٢) انظر : الأم : ٣/١٧٦ - ١٧٨ ، مختصر المزني ص ٩٥ - ٩٧ - ٩٨ .

(٣) انظر : التفريع : ٢/٢٦٣ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤١٠ .

(٤) انظر : الأم : ٣/١٣٩ - ١٤١ ، مختصر المزني ص ٩٣ - ٩٤ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٦) في (م) : فكان .

المضمون (١) ، وقال الشافعي : لا يصح (٢) ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ (٣) فعم ، ولأنه أذن له في قبضه على وجه الأمانة والضمان فصح كالوديعة والقضاء إذا قال له اقبض ما يجيئك به فلان من متاعي وديعة لي عندك أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك .

فصـــل [٨ - وضع الرهن عند أمين] :

يجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين يتراضيان به وإن لم يقبضه (٤) المرتهن (٥) ، خلافاً لمن قال : لا يصح إلا إذا قبضه المرتهن بنفسه (٦) ، لقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ (٧) معناه من الراهن وهذا موجود ، ولأنه مقبوض من الراهن بحق (٨) برضا المرتهن فأشبه أن يقبضه بنفسه .

فصـــل [٩ - في جواز رهن المشاع] :

يصح رهن المشاع (٩) خلافاً لأبي حنيفة (١٠) ، لأنهم إن سلموا أن قبضه يصح فالظاهر يتناوله لقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ (١١) ، وإن منعوه دللنا عليه بأن صفة القبض متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعاً أو رهناً،

---

(١) انظر : الكافي ص ٤١٠ .

(٢) انظر : الأم : ٣/١٤٥ ، مختصر المزني ص ٩٣ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٤) في (م) : يقبضا .

(٥) انظر : المدونة : ٤/١٥٢ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤١٠ .

(٦) قاله الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى (انظر المغني : ٤/٢٨٨) .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٨) في (م) : نحو .

(٩) انظر : المدونة : ٤/١٥١ ، ١٥٣ ، التفريع : ٢/٢٦٢ ، الكافي ص ٤١٠ .

(١٠) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٥٦ .

(١١) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

وقد ثبت أن بيع المشاع جائز وأن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح وصح إن كان [(١)] قبضه [(٢)] ممكن ، ولأنه [(٣)] مما يصح قبضه بالبيع فصح ارتهانه كالمقسوم ، ولأن الإشاعة [(٤)] لا تمنع صحة الرهن كما لو رهن داراً من رجلين في عقد واحد .

فصـل [١٠ - في باقي المشاع المرهون] :

إذا ثبت أن رهن المشاع جائز ولا يخلو باقيه أن يكون له أو لغيره ، فإن كان للراهن لم يصح الرهن إلا أن يقبضه الكل لأنه ما لم يقبضه فيد الراهن باقيه عليه، وإن كان للمرتهن أو لأجنبي صح إذا خرجت يد الراهن عنه .

فصـل [١١ - إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن] :

إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس بطل الرهن [(٥)] لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض ، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم [(٦)] الحيازة قبل موت الراهن وتعلق حقوق الغرماء كلهم بالمال، وهذا متي أمكن الإقبال فلم يفعل ، فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن ويوافقه إلى أن مات أو أفلس ، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن.

مسألة [١٢ - ضمان الأشياء المرهونة] :

الأشياء المرهونة : منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان ، فهذا الضرب لا يكون مضموناً على المرتهن ويكون تلفه من المالك ما لم يكن من المرتهن تعد فيه ، ومنها ما يخفى هلاكه وهو مما يغاب عليه ويبطن كالذهب

---

(١) كان : سقطت من (ق) .

(٢) في (م) : بعضه .

(٣) في (م) : ولكنه .

(٤) في (م) : الأمر جاز .

(٥) انظر : المدونة : ١٥٨/٤ ، الكافي ص ٤١٠ - ٤١١ .

(٦) في (ق) : بتقديم .

والفضة والحلي والعروض ، فهذا عندنا مضمون على المرتهن إذا قبضه فادعى تلفه يقاص به من حقه ، إلا أن تقوم بينة أو يعلم الراهن أنه تلف بغير صنعة ففيها روايتان : إحداهما سقوط الضمان ، والأخرى ثبوته عليه وإن شرط فيما يضمن ألا ضمان عليه لم ينفعه ، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه ، وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان هلاكه من ربه [1] .

فصــل [١٣ - وجه التفريق بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر] :

وإنما فرقنا بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر خلافاً لأبي حنيفة في إيجابه الضمان في الجميع [2]، (وخلافاً للشافعي في إسقاط الضمان في الجميع[3])[4] وقوله : إنه أمانة كالوديعة ، لأن الرهن ليس بجارٍ مجرى الأمانات المحضة ولا مجرى المضمون المحض لأنه قد أخذ شبهاً من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد ، وذلك أن الأمانة المحضة هي ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة ، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه كالمشتري أو بتعد أو جناية [5] ، وما خرج عن هذا وأخذ شبهاً من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما ، وفي مسألتنا فلم [6] يكن تعد ولا جناية [7] فيضمن ، ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة لهما: للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملك وبقي[8] الدين في ذمة لأجل الرهن

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ : ٢/ ٧٣١ - ٧٣٢ ، المدونة : ٤/ ١٥٥ ، التفريع : ٢/ ٢٥٩ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤١٢ - ٤١٣ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٤ - ٩٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٥٦ - ٥٧ .

(٣) انظر : الأم : ٣/ ١٦٧ ، ١٧٦ ، مختصر المزني ص ١٠١ ، الإقناع ص ١٠١ .

(٤) ما بين قوسين سقط من (ق) .

(٥) في (م) : خيانة .

(٦) في (م) : خا لم .

(٧) في (م) : خيانة .

(٨) في (ق) : هي .

ولولاه لم يملكه فقد انتفع له وللمرتهن بحصول التوثق به فلم بقبضه لمالكه ، كالوديعة وإنما قبضه ليكون على وثيقة بحقه ، وإذا أخذ شبهاً من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما على التحديد [1] فيجب الفصل بينه وبينها وفي ذلك ثبوت ما قلناه [2] لأن أحداً لم يفصل بينهما بما سواه .

ووجه قوله : إنه إذا قامت بينة بهلاكه أو علم بأنه من غير صنعة [3] فلا ضمان عليه إذ سبب الضمان معدوم لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعة [4] ، فإذا علم صدقه فلا ضمان ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قوله ولم يضمنه ، ووجه إيجاب الضمان أن أصله مقبوض على ذلك فلا ينتفي عنه حسماً للباب ، والأول أصح .

فصــل [١٤ - الضمان بقيمة الرهن والمقاصة به] :

وإنما قلنا : يضمن بقيمته ويقاص به من دينه لأن الضمان يتعلق بما حصل في قبضه ، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة ، وإذا قلنا : يقاص به من دينه لأن رب الرهن قد استحق في ذمة المرتهن حقاً فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه للآخر عليه مثل ذلك ، فوجب القصاص وترادا الفضل بينهما فإن كان فيه فضل عن الحق غرمه المرتهن ، وإن كان أقل منه لزم [5] الراهن بقية الحق ، وإن كان بقدره كان قصاصاً .

فصــل [١٥ - إذا شرط في الرهن خلاف موجبه] :

وإنما قلنا : إذا شرط (في نوع منه خلاف موجبه لم ينفعه لأنه شرط) [6]

---

(١) في (ق) : التجريد .

(٢) في (م) : ما قلنا به .

(٣) في (م) : صيغته .

(٤) في (م) : صيغة .

(٥) في (م) : وإن إقامته لرهن الراهن .

(٦) ما بين قوسين سقط من (م) .

ينافي حكم أصل العقد فلم يثبت ، أصله إذا شرط في الوديعة أنه ضامن أو شرط (في القرض أنه غير ضامن ، ولأن ما يلزم العقد ويكون هو أصل في)[1] قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح كما لو شرط في النكاح أنه لا يطأ وفي البيع أنه لا يتصرف في المبيع .

فصـل [١٦ - تلف الرهن على يد أمين] :

وإنما قلنا : أن الرهن إذا كان على يد أمين : فإن تلفه من ربه لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحوز وهذا معدوم ، والأمين هو في يده أمانة لأنه قبضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه ، ولأن ربه لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن له عليه سبيل .

فصـل [١٧ - في تلف الرهن المضمون في يد المرتهن] :

إذا ثبت ما ذكرناه فتلف الرهن المضمون في يد المرتهن : فإن اتفقا على قيمته وقدر الدين فلا كلام ، وإن اختلفا لم يخلو اختلافهما أن يكون في قدر الحق أو في قيمة الرهن أو فيهما : فإن كان في قيمة الرهن وصفة المرتهن وقوّم على صفته فإن وافقه الراهن على صفته قوّم على تلك الصفة ، فإن خالفه فالقول قول المرتهن مع يمينه في ذلك لأنه غارم ، والأصول موضوعة على أن القول قول الغارم مع يمينه ، فإذا قومه أهل الخبرة على الصفة التي حلف عليها المرتهن حط مقدار دينه من القيمة وأخذ فضلاً إن بقي له أو رجع عليه بفضل إن بقي عليه ، فإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصفة التي ادعاها ثم ردت اليمين على الراهن فحلف على ما يدعيه من الصفة ثم قُوِّم الرهن على صفته ، وإن جهلت صفته حلف المرتهن على قيمته فقط لأنه لا يوصل إلى أكثر من ذلك ، ومن ادعى منهما في الصفة ما يكذبه العرف لم يتلفت إلى دعواه ، فأما إن اتفقا على صفته واختلفا في قدر الحق الذي رهن به : فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت

---

(١) ما بين قوسين سقط من (م) .

له منه قدر قيمة الرهن [١] ، ويقال للراهن : إما أن تحلف على ما يدعيه ويسقط عنك قدر ما زاد على قيمة الرهن ، وإلا لزمك ما حلف عليه المرتهن ، وكذلك لو كان الرهن قائماً بحاله .

وإنما قلنا ذلك لأن المرتهن إذا قبض الرهن وحازه صار شاهداً له بقدر ما يدعيه لأن العادة جارية بأن الناس إنما يرتهنون ما يساوي ديونهم أو يقاربها لا ما لا يفي[٢] بها ، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر ما يكذبه العرف كانت اليمين في جنبة [٣] ما يصدقه العرف ، ولأن أحداً لا يرتهن على ألف درهم ما يساوي عشرين درهماً ولا على عشرين درهماً [٤] ما يساوي مائتين[٥] .

وإنما شرطنا أن يكون في يد المرتهن لأنه إذا كان في يد أمين سواه ، فإذا الراهن لم يرد ائتمانه عليه ولا أن يكون الرهن شاهداً له بدعواه ، فكان القول قول المدعي عليه منهما [٦] مع يمينه ، فأما إذا كان الخلاف في أصل هلاك الرهن فادعى المرتهن هلاكه وأكذبه الراهن فزعم أنه غيبه وأنه باق بحاله : فإن المرتهن يحلف على أنه قد هلك ثم يكون الحكم في الصفة والتقويم على ما وصفناه .

فصل [١٨ - إذا اختلفا على عين رهن] :

إذا اختلفا على عين رهن [٧] : فقال الراهن : ليس هذا رهن ، وقال المرتهن هذا الذي رهنته عندي ، فالقول قول المرتهن لأن المرتهن مؤتمن على عين الرهن، فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى [٨] عليه لا يعترف بها ، ولأنه لما

---

(١) في (م) : الراهن .

(٢) في (م) : لا ما بقي .

(٣) في (م) : في جنبه .

(٤) درهماً : سقطت من (ق) .

(٥) في (م) : مائتي درهم .

(٦) منهما : سقطت من (م) .

(٧) في (م) : الراهن .

(٨) في (م) : دعواه .

رضي بأمانته وأن يكون الرهن في قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه وجب أن يكون القول قوله في ذلك [1] .

فصـل [١٩ - من أقر لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها] :

ومن أقر [2] لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه وأنكر ربها أن يكون رهنها منه وأنكر الدين [3] ، فالقول قول رب السلعة مع يمينه [4] لأن الذي هي في يده معترفاً له بها ويدعى تعلق من له بعينها فلا يقبل منه إلا ببينة، ولا يكفي في ذلك كونها بيده لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها .

مسألة [٢٠ - في نماء الرهن] :

نماء الرهن على ضربين : أعيان وغير أعيان ، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن في كونه رهناً مع أصله ، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك .

والأعيان ضربان : منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل ، ومنها ما لا يتميز ، فالذي لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهزول هذا لا خلاف أن حكمه حكم العين المرهونة ، والمتميز نوعان : نوع منه نسل أو ما يجري مجرى النسل في الحكم فهذا يكون رهناً مع الأصل كولد الأَمَة والدابة وفسيل النخل [5] وفراخ الشجر ، والنوع الآخر لا يوصف بذلك فلا يكون رهناً مع أصله كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها وما أشبه ذلك [6] .

وإنما قلنا : إن الأجرة والغلة لا يكونان رهناً لأنهما أعيان منفصلة عن الرهن لا

---

(١) انظر : المدونة : ٤/ ١٦٧ ، التفريع : ٢/ ٢٦٤ ، الكافي ص ٤١٣ - ٤١٤ .

(٢) في (م) : أقره .

(٣) في (م) : وأنكر الدين واعترف به .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ٢٦٤ ، الكافي ص ٤١٥ .

(٥) فسيل النخل : صغار النخل (المصباح المنير ص ٤٧٣) .

(٦) انظر : المدونة : ٤/ ١٥٤ ، ١٥٥ ، التفريع : ٢/ ٢٦٠ ، الرسالة ص ٣٣١ ، الكافي ص ٤١٢ .

يكون حكمها حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجارات فلم يدخل معه في الرهن لأن ذلك غلة وخراج والرهن تناول العين دون المنافع ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « الرهن ممن رهنه له غنمه » [1] ، وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق لغيره حق فيه .

فصـل [٢١ - في حكم النماء الذي لا يتميز] :

وإنما قلنا : أن ما لا يتميز مثل السمن والكبر حكمه حكم الأصل لأنه نفس العين ليس بعين زائدة عليها ، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم فكذلك إذا طرأ عليه ، وإنما قلنا : النسل رهن مع الأمهات لأن كل حكم استقر في رقبة الأم دون منافعها ، فإنه يسري إلى ولدها أصله ولد أم الولد (وولد المدبرة ، ولأن الأصول موضوعة على أن كل حكم يثبت في الأمهات فإن الولد يتبع أمه فيه من ذلك الزكاة وولد أم الولد) [2] ، والمعتق نصفه وإلى أجل والمدبرة والمكاتبة ، فكذلك حكم الرهن ، ولأنه نماء من جنس الرهن ومن خلقته وصورته كنماء المتصل به ، وإنما قلنا : إن الثمن وغيره من خراجه ليس برهن معه خلافاً لأبي حنيفة [3] لقوله صلى الله عليه وسلم : « الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه » [4] وهذه الإضافة تفيد إفراده ونفي الشركة عنه ، ولقوله : «الرهن محلوب ومركوب » [5] ، وفائدة ذلك استحقاق الراهن لما يحلب [6] منه ولأجرة ركوبه ، ولأنه نماء مميز [7] عن الأصل مخالف له بالخلق والصورة كالكسب أو لأنه نماء من غير جنسه كالأجرة .

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٥١) .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٦٢/٢

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٥١) .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٥١) .

(٦) في (م) : يجلب منه .

(٧) في (م) : متميز .

فصل [٢٢ - نفقة الرهن] :

نفقة الرهن على راهنه [١] لأن الذي للمرتهن فيه حق التوثيق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفارة ، ومنفعته وخراجه له دون مرتهنه لأنه على ملكه وإنما للمرتهن منه حق التوثق وهو أخذ دينه ثمنه عند تعذر أدائه .

فصل [٢٣ - إذا غصب عيناً ثم رهنها مالكها منه] :

إذا غصب عيناً فهي مضمونة عليه بالغصب ، ويصح أن يرهنها مالكها منه وهي في يده قبل أن يقبضها من الغاصب ، فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن وزال [٢] ضمان الغصب [٣] خلافاً للشافعي في قوله : أنه لا يزول ضمان [٤] الغصب [٥] وإن كان رهناً ، لأنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك فوجب أن ينتفي حكم الغصب حال حصوله كالوديعة ، ولأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكها يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب أصله إذا ابتدأ إرهان شيء عنده ابتداء ، وإذا أقبضه منه ثم أعاده إليه ، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان ، فإذا طرأ على الغصب سقط به ضمان الغصب أصله البيع .

فصل [٢٤ - في تعلق الرهن بجملة الحق وأبعاضه] :

الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه ، وفائدة ذلك أن يرهنه عبدين على ألف درهم فيقبض منها تسعمائة : فإن العبدين يبقيان رهناً بالمائة الباقية ولا يستحق على المرتهن [٦] بتسليمهما ولا تسليم واحد منهما ، وكذلك لو أقبضه العبدين فتلف أحدهما كان الباقي رهناً بجميع الدين ، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم

---

(١) انظر : المدونة : ٤/١٦١ ، التفريع : ٢/ ٢٦٠ ، الكافي ص ٤١٢ .

(٢) في (ق) : زوال .

(٣) انظر : المدونة : ٤/١٧٤ ، الكافي ص ٤١١ - ٤١٢ .

(٤) ضمان : سقطت من (ق) .

(٥) انظر : الأم : ٣/٢٥٤ - ٢٥٦ ، مختصر المزني ص ١٠١ ، ١٠٨ ، الإقناع ص ١٠١ .

(٦) في (م) : الراهن .

مثل أن يرهنه كرين من حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهماً فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما في مقابلة الحق [(١)] خلافاً لمن ذهب إلى أنه يستحق رد ما أدى بقدره [(٢)] ، ولأن الرهن مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة ، فإن بيعها محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة ، فإن بيعها محبوس على الدين ، (ولا يستحق الورثة منها شيئاً إلا بأداء جميع الدين) [(٣)] ، ولأنه وثيقة بحق فوجب أن يكون وثيقة به وكل جزء منه أصله الضمان .

فصل [٢٥ - فيمن أراد أخذ زيادة على حقه ويكون على حقه ويكون الرهن بها] :

إذا رهنه رهناً بحق له [(٤)] ثم أراد أن يأخذ زيادة على ذلك الحق ويكون الرهن رهناً بها جميعاً جاز [(٥)] خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي [(٦)] أنه يكون رهناً بالحق الأول دون الثاني ، لأنه وثيقة بالحق ، فإذا اشتغلت بحق جاز أن يشتغل بحق آخر مع بقاء شغلها بالحق الأول كالضمين [(٧)] ، ولأنها زيادة في التراهن [(٨)] في حق المتراضين كالزيادة في الرهن لأنه حق تعلق بعين [(٩)] يستوفي

---

(١) انظر : المدونة : ١٥٩/٤ ، التفريع : ٢٦٦/٢ ، الكافي ص ٤١٤ .

(٢) لم أقف على من قال بذلك ، بل كلام صاحب المغني يفيد الإجماع عليها (انظر : المغني : ٣٩٩/٤) .

(٣) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٤) في (م) : يحق له عليه .

(٥) انظر : التفريع : ٢٦٢/٢ - ٢٦٣ ، الكافي ص ٤١٤ - ٤١٦ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٣ ، الأم : ١٦١/٣ .

(٧) في (م) : دون الثاني لأنه وثيقة كالضمين .

(٨) في (ق) : الرهن .

(٩) في (ق) : بدين .

من ثمنها فجاز أن يزاحمه في التعلق بها حق آخر أصله أرش الجناية إذا طرأت عليه جناية أخرى .

فصـل [٢٦ - في الرهن يرهن فضله من دائن ثان] :

إذا رهن رهناً على مقدار قيمته أو أقل ، فأراد أن يرهن فضله من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتهنه : فإن رضي جاز وإن لم يرض نظر ، فإن كان الحق بقدر الرهن [١] أو قيمته أقل من قدر الحق لم يجز له ذلك ، وإن كانت قيمة الرهن زيادة على قدر الحق ، فأراد أن يرهن فضله فاختلف فيه : فقيل : أنه يجوز وإن لم يرض ، وقيل : لا يجوز إلا بإذنه [٢] .

وإنما قلنا : أنه لا يجوز إذا كان بقيمة الحق إلا بإذن مرتهنه لأن في ذلك رجوعاً عن الرهن ، كما لو رهن عبدين ثم أراد انتزاع أحدهما وذلك لأن المرتهن الثاني يزاحم الأول في الرهن بعد تعلق حق الأول به وانفراده باستحقاقه فلم يجز إلا برضاه ، وإنما قلنا : أنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه لأن المنع من ذلك لحقه ، فإذا رضي بإسقاطه لم يبق ما يمنع لأجله ، ولأنه إن كان بقدر الحق فقد رضي بأن يزاحمه غيره كالمرتهن عنده عبدين ، فأراد أن يرجع في أحدهما أو يرهنه من آخر : فإن المرتهن إذا رضي بذلك جاز ، فإن كان بأكثر من قدر الحق كان أولى بالجواز لأن الضرر مأمون فيه ووجه القول بأنه إن رضي جاز ولا يجوز بغير إذنه لأن في ذلك إضراره ومشاركة لغيره في حقه ، وذلك رجوع في الرهن، ولأنه رضي بحق ، فإذا زوحم فيه لم يجز إلا بإذن من تعلق حقه به أصله إذا كان بقدر الحق ، ووجه القول بأنه جائز وإن لم يأذن فلأنه لا ضرر عليه في ذلك لأن حقه تقدم على حق الآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر حقه وليس له حق فيما زاد على قدر حقه .

فصـل [٢٧ - إذا رهن عبداً ثم أعتقه] :

إذا رهن عبداً ثم أعتقه فلا يخلو أن يكون موسراً ، فإن كان

---

(١) في (م) : القيمة .

(٢) انظر : المدونة : ١٦١/٤ ، التفريع : ٢٦٦/٢ ، الكافي ص ٤١٤ .

موسراً نفذ [١] عتقه وعجل [٢] المرتهن حقه ، وإنما قلنا ذلك لأن العتق مبني على التغليب (وفي إيقاع الراهن له رضا بتعجيل الحق لأن الرجوع في الرهن غير جائز ، ولا يجوز الرجوع في العتق لقوته وإنه مبني على التغليب) [٣] ، فلو لم نقل أن الحق يتعجل لكان فيه رجوع الراهن عن الرهن وذلك غير جائز ، فإن أراد أن يعطيه رهناً غيره ، فقيل : يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر ويشبه أن يكون برضاه ، وقال ابن القاسم : ليس له ذلك وهو الصحيح لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين لأن ذلك إن جُوِّز له جاز أن يبذل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز ، فأما إن كان الراهن معسراً ، فإن العتق لا ينفذ ويبقى دهناً ، فإن أفاد ما لا قبل الأجل نفذ العتق وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه ، وإن بقي على إعساره بيع العبد عند حلول الأجل ، وقال أبو حنيفة : نفد عتقه موسراً كان أو معسراً [٤] .

فدليلنا على أنه لا ينفذ مع [٥] الإعسار قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [٦]، ولأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ مع الأعسار كالبيع ، ودليلنا على نفوذه مع اليسار [٥] لأنه لا يبطل حق المرتهن من التوثق لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثق أو أن يوضع له رهن مكانه ، فحق التوثق باق لهذا فارق الإعسار [٨] .

وإنما قلنا في الإعسار أنه إذا أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل المرتهن حقه

---

(١) في (ق) : بعد .

(٢) في (م) : وإن كان .

(٣) بين قوسين سقط من (م) .

(٤) مختصر الطحاوي ص ٩٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٥٨ - ٥٩.

(٥) على أنه لا ينفذ : سقطت من (م) .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(٧) في (ق) : الإيسار .

(٨) في (م) : الاعتبار .

لأن المنع [١] من نفوذه إنما كان لحق المرتهن ، فإذا زال هذا المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كاليسار ، وإنما قلنا : يعجل له حقه لما بيناه من أن إعتاقه رضا بتعجيل [٢] الحق ، وإنما قلنا : إن بقي على إعساره بيع عند الأجل [٣] لأنه باق على الرق لأن العتق لم ينفذ فحق التوثق متعلق به .

فصـل [٢٨ - عدم جواز وطء الأمة بعد رهنها] :

إذا رهن أمته لم يجز له وطؤها [٤] لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه [٥] وتعريضاً لبطلان حق المرتهن منها لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها، فإن فعل نُظر ، فإن كان بإذن المرتهن بطل الرهن لأن إذنه له في التصرف رضا منه بإعادته إلى قبض الراهن ، فقد بينا أن استدامة القبض من شرط صحة الرهن، وإن كان بغير إذنه فإن لم تحمل فهي رهن بحالها ، وإن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتباراً بالعتق ، وإن لم يكن له مال بيعت وقضى الحق من ثمنها اعتباراً بالعتق المنجز ، فإن كان ثمنها أقل من الحق ابتعه بالباقي في ذمته ، وإن كان ثمنها أكثر بيع منها بمقدار [٦] الحق وكان ما بقي بحساب أم الولد لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها ، ولا يباع الولد بحال لأنه واطيء لأمته داخل على حرية ولده ، وإن كان فيه شبهة على ما ذكرناه ، فإن وطئها المرتهن فهو زان والحد لازم له والولد لا يلحق ويكون معها رهناً يباع ببيعها ، وإنما قلنا : إنه زان لأن الوطء لا يستباح إلا بنكاح أو ملك وكل ذلك معدوم وليس بواطيء شبهة ، فلذلك يلزمه ما يلزم الزاني ، وقلنا : إن الولد

---

(١) في (م) : المبيع .

(٢) في (ق) : بتعجل .

(٣) في (م) : على الإعسار بيع العبد للأجل .

(٤) انظر : المدونة : ٤/ ١٧٥ ، التفريع : ٢/ ٢٦١ ، الكافي ص ٤٠٥ .

(٥) في (ق) : ضبطه .

(٦) في (م) : بقدر .

رهن[1] معها اعتباراً بزناها بغيره ، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها (فذاك شبهة إن كان يظن أن مثل هذا يبيح الوطء وتلزمه قيمتها للراهن) [2] لتكامل أم ولد ، وتكون أم ولده [3] إن حملت ولا تلزمه قيمة الولد لأن السيد لما أباحه وطأها ص ـ منتفعاً بها بإذنه ودخل على أن ولده حر .

فصل [٢٩ - في غلق الرهن] :

نهى النبي ﷺ عن غلق الرهن[4] ، ووصفه أن يرهن منه رهناً على أنه إن جاءه بحقه عند أجله وإلا فالرهن له ، ومتى شرط ذلك لم يصح والرهن على ملك راهنه [5] ، وإنما قلنا ذلك لنهيه صلى الله عليه وسلم عن غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد ، ولأنه بيع غرر ومجهول لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته ، ولأنه تعليق بيع بصفة وعقود المعاوضة لا تقف على الصفات كقوله إذا قدم زيد بعتك سلعتي هذه .

فصل [٣٠ - منع بيع الرهن بغير إذن المرتهن] :

إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه [6] لأن في ذلك إبطال حق الوثيقة ، وإن باعه بإذنه جاز ولم يلزمه تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن له أنه ما أذن له في ذلك إلا ليتعجل [7] حقه .

فصل [٣١ - جواز توكيل الراهن المرتهن في بيع الرهن] :

يصح توكيل الراهن للمرتهن في بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل

---

(١) في (م) : يرتهن .

(٢) ما بين قوسين سقط من (م) .

(٣) وتكون أم ولده سقطت من (م) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١١٥١) .

(٥) انظر : الموطأ : ٢/ ٧٢٨ - ٧٢٩ ، المدونة : ٤/ ١٦٤ .

(٦) انظر : المدونة : ٤/ ١٧٢ ، التفريع : ٢/ ٢٦٥ ، الكافي ص ٤١٤ .

(٧) في (ق) : ليعجل .

وتعذر أداء الحق ويكون له بيعه [1] خلافاً للشافعي [2] ، اعتباراً بتوكيل الأجنبي فإذا ثبت جوازها فإنها تكره عند مالك فيما له خطر وبال ، ويجوز عند أشهب وإنما كرهت لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما وأحسم لدعوى الراهن محاباة المرتهن نفسه بترك الاستقصاء ، وليكون أسلم للمرتهن .

فصــل [٣٢ - عدم جواز فسخ وكالة الوكيل في الرهن] :

فإن أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل لم يكن له ذلك ، وقال إسماعيل بن إسحق له ذلك [3] ، وهو قول الشافعي [4] ، ودليلنا أن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن وهو تولي بيع الرهن ليصل المرتهن إلى أخذ [5] حقه ، وفي فسخها إبطال هذا المعنى ، واعتبرها إسماعيل بسائر الوكالات وبأنها من العقود الجائزة .

فصــل [٣٣ - في مال العبد المرهون] :

مال العبد ليس برهن معه [6] لأنه ملك له دون السيد ما لم ينتزعه السيد منه ، ورهن العبد ليس بانتزاع لما له بخلاف البيع .

* * *

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٢٦٥ ، الكافي ص ٤١٦ .
(٢) انظر : الأم : ٣/ ١٧٠ ، مختصر المزني ص ٩٤ - ٩٥ ، المهذب : ١/ ٣١٠ .
(٣) انظر : التفريع : ٢/ ٢٦٥ ، الكافي ص ٤١٦ .
(٤) انظر : مختصر المزني ص ٩٤ ، المهذب : ١/ ٣١٠ . .
(٥) أخذ : سقطت من (م) .
(٦) انظر : التفريع : ٢/ ٢٦١ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤١٢ .



(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)[1]
كتاب الحجر[2]

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا[3] ويؤنس منهم الرشد[4] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير ﴾[5] ، وقوله : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[6] ، وقوله : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ﴾[7] الآية ، ولأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف في مال نفسه[8] فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه ، وأن ينظر وليه في ماله (فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع)[9] إليه دون أن يختبره ويعرف رشده[10] من فساده وإمساكه على نفسه[11] من تبذيره وإضاعته لقوله تعالى : ﴿ فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) الحجر : في اللغة قال ابن فارس الحاء والجيم والراء أصل واحد وهو المنع والأحاطة على الشيء ، وفي الأصطلاح : صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بزائد عن ثلث ماله ـ(معجم مقاييس اللغة : ١٣٨/٢ ، حدود ابن عرفه - مع شرح الرصاع ص ٣١٣) .

(٣) في م : البقرة .

(٤) انظر : المدونة : ١٠٥/٤ و ١١٥ ، التفريع : ٢٥٦/٢ ، الكافي ص ٤٢٣ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٠ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٦ .

(٧) سورة النساء ، الاية : ١٠ .

(٨) في م : ماله .

(٩) ما بين قوسين سقط من ق .

(١٠) في م : ويعرف سداده .

(١١) في م : واصلاحه لنفسه .

إليهم أموالهم ﴾ (١) فعلق انفكاك (٢) الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد ، وكان الحجر عليه في الصغر إنما كان لهذا المعنى فإذا بلغ فهو على تلك الحال فالحجر عليه مستحب ، واعتباراً ببلوغه مجنوناً .

فصل [١ - إيناس الرشد] :

إيناس الرشد الذي ينفك معه الحجر هو : إصلاح المال (٣) وضبطه وترك تبذيره وانفاقه في وجوهه ، فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك حجره سواء كان فاسقاً في دينه أو عدلاً (٤) ، خلافاً للشافعي في قوله أنه يحجر على الفاسق وإن كان مصلحاً لماله (٥) ، لأن الحجر في المال لمعنى يرجع إلى إضاعته وتبذيره لا إلى قلة الدين ، ألا ترى أنه يبتدى الحجر على البالغ متى وجد فيه هذا المعنى كما يستدام في الصغير ، وقد ثبت أن الفسق لو طرأ على الكبير لم يحجر عليه فكذلك إذا بلغ وهو موجود به ، ولأنه معنى لا يؤثر في تبذير ماله ولا إضاعته فلم يوجبْ الحجر كسائر أفعاله وتنقله (٦) في المذاهب .

فصل [٢ - جواز بدأ الحجر على الأكابر] :

ويبتدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم (٧) خلافاً لأبي حنيفة (٨) ، لأنه إجماع الصحابة روي عن عثمان وعلي والزبير (٩) وابنه وعائشة رضي الله عنهم،

---

(١) سورة النساء ، الأية : ٦ .

(٢) انفكاك : سقطت من ق .

(٣) في ق : الحال .

(٤) انظر : التفريع : ٢٥٦/٢ ، الكافي ص ٤٢٤ .

(٥) انظر : الأم : ٢١٥/٣ ، مختصرالمزني ص ١٠٥ ، الأقناع ص ١٠٤ .

(٦) في ق : ونتلقه .

(٧) انظر : التفريع ٢٥٦/٢ ، الكافي ص ٤٢٣ - ٤٢٤ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ٦٨/٢ .

(٩) الزبير : بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي بن كلاب ، أبو عبد الله القرشي ، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة قتل سنة ست وثلاثين بعد منصرفه من وقعة الجمل (تقريب التهذيب ص ٢١٤) .

وذلك أن عبد الله بن جعفر [1] اشترى أرضاً (سبخة بمال عظيم غبن فيه) [2] فقال علي رضوان الله عليه : قم لأحجر عليك ، فشكى (عبد الله إلى الزبير فقال : أنا شريكه) [3] فحمله علي إلى عثمان فطلب منه أن يحجر عليه فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير [4] ، وهذا يدل على استحقاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالف ، ولأن كل من في منعه من ماله صلاح له وفي تركه معه إتلافه وإضاعة له [5] وخوف الفقر عليه فإن الحجر عليه مستحق أصله الصغير ، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته أصله إذا بلغ مبذراً .

فصل [٣ - انفكاك الحجر عن الصغيرة] :

لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها وتكون مصلحة لمالها [6] ، خلافاً لأبي حنيفة [7] والشافعي [8] في قولهما إن الحجر يفك عنها بمجرد البلوغ وإيناس الرشد من غير حاجة إلى الزواج [9] ، لأنها بالبلوغ لم تخبر الرجال ولا عرفت المعاملات ولا تقف [10] على إصلاح المال ووجوه الغبن فكان الحجر عليها مستصحباً حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يراد منها وبرز وجهها وعرفت المعاملات وعلم منها ضبطها لمالها فك حجرها وهذا هو الفرق بينها وبين الغلام .

---

(١) عبد الله بن جعفر : بن أبي طالب الهاشمي أحد الأجواد ولد بأرض الحبشة وله صحبة ، مات سنة ثمانين وهو ابن ثمانين . (تقريب التهذيب ص ٢٩٨).

(٢) و (٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) أخرجه البيهقي : ٦١/٦ .

(٥) في م : إضاعته .

(٦) انظر : التفريع : ٢٥٦/٢ ، الكافي ص ٤٢٣ ، المقدمات : ٣٤٥/٢ .

(٧) لأبي حنيفة : سقطت من م .

(٨) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٧١/٢ ، مختصر المزني ص١٠٥.

(٩) في م : زوج .

(١٠) في م : ولا وقفت .

فصل [٤ - في حد البلوغ] :

حد البلوغ في الذكور : الاحتلام أو الأنبات أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ في العادة ، ولم يحد مالك رحمه الله فيها حداً ، وقال أصحابنا : مثل سبعة عشر سنة أو ثمان عشرة سنة ، وهذا الأوصاف هي علامات في النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل [(١)] ، وقال أبو حنيفة : لا معتبر بالإنبات في البلوغ [(٢)] ، وقال الشافعي : يحكم به [(٣)] في المشركين ، وله قولان في أنه بلوغ أو دلالة على البلوغ وفي أنه يكون بلوغاً في المسلمين أو لا [(٤)] ، فدليلنا على اعتباره ماوري عطية عن سعد قال حكمني رسول الله ﷺ في بني قريظة فحكمت [(٥)] بقتل مقاتلهم وسبي ذراريهم فكنا نكشف عن مؤتزرهم فمن [(٦)] أنبت منهم قتلناه ، ومن لم ينبت جعلناه في الذراري فقال رسول الله ﷺ: « حكمت [(٧)] بحكم الله » [(٨)] ، وقوله « الجزية على من جرت عليه المواسى » [(٩)] ، وكذلك كتب عمر رضي الله عنه في أخذ الجزية [(١٠)] ، وما روي عن عثمان رضي الله عنه في الغلام الذي سرق : إن كان أخضر مؤتزره فاقطعوه [(١١)] ، ولأنا لو قصرنا البلوغ علي السن لم يكن لنا دلالة عليه فأمكن حجرها فيؤدي إلى إسقاط الأحكام فوجب اعتبار معنى زائد عليها وليس إلاما قلناه .

---

(١) انظر : التفريع ٢/٢٥٦ ، الكافي ص ٤٢٤ ، المقدمات : ٢/٣٤٥ .

(٢) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/٧١ .

(٣) في م : بالإنبات .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ١٠٥ ، المهذيب : ١/ ٣٣٠ - ٣٣١ .

(٥) في م : فحكم .

(٦) في ق : هل .

(٧) في م : حكم .

(٨) أخرجه البخارى في المغازي باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب : ٥/ ٥٠ ، ومسلم في الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد : ٣/ ١٣٨٩ .

(٩) هو من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه . أخرجه البيهقي : ٩/ ١٩٨ .

(١٠) أخرجه البيهقي : ٩/ ١٩٨ .

(١١) أخرجه عبد الرزاق : ٧/ ٣٣٨ .

فصل [٥ - في الرد على قول الشافعي في فصله بين المسلمين والمشركين] :

دليلنا على الشافعي - في فصله بين المسلمين والمشركين - أن كل ما جاز أن يكون بلوغاً أو دالا على البلوغ في الكافر جاز في المسلم أصله السن والاحتلام ، ولأن دلالته على ذلك ليست بمعنى يرجع إلى الدين وإنما هو لمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوي فيه المسلم والكافر ، [والخمسة] (*) عشرة سنة ليست ببلوغ ولا حداً له ، وحكي عن ابن وهب اعتبارها وهو قول الشافعي لأن ذلك لايخلو أن يكون معلقاً بأكثر منها في العادة أو بأقصاه وكلا الأمرين باطل ، وحديث ابن عمر مختلف عليه فيه فروي أنه ﷺ رده في [ثلاثة](*) عشرة سنة وأجازه في أربع عشرة سنة [1] ، ولأن ذلك يرجع إلى إطاقة القتال لا إلى البلوغ .

فصل [٦ - اشتراط حكم الحاكم في ابتداء الحجر] :

البالغ إذا ابتديء الحجر عليه لم يحجر عليه إلا بحكم [2] الحاكم [3] خلافاً لمحمد بن الحسن [4] ، لأنه أمر مختلف فيه محتاج إلى اجتهاد ونظر في حاله واختبار لأمره فاحتيج في قطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم .

فصل [٧ - اشتراط حكم الحاكم لانفكاك الحجر عن المحجور عليه] :

لا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم [5] لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذي حجر عليه لأجله ، وسواء في ذلك الصبي والمجنون [6] والبالغ والمفلس ، والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها ومعها إيناس الرشد على ما بيناه .

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات باب بلوغ الصبيان وشهادتهم : ١٥٨/٣ ، ومسلم في الإمارة باب البيعة على السمع والطاعة فيما استطاع : ١٤٩/٣ .

(٢) في م : إلا بالحاكم . (٣) انظر : الكافي ص ٤٢٣ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني-٦٩/٢.

(٥) انظر : الكافي ص ٤٢٣ . (٦) في م : المحجور .

(*) كذا في الأصل والصواب (خمس عشرة سنة) ، (ثلاث عشرة سنة) . لأن العدد يخالف المعدود تذكيراً وتأنيثاً .

فصل [٨ - في استدانة السفيه بغير إذن وليه] :

إذا استدان السفيه بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره [١] وإذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم أعتق اتبع [٢] به إلا أن يكون سيده [٣] ، والفرق أن المحجور عليه لسفهه حجر عليه لحق نفسه ، فلو كان [٣] الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئاً ، والعبد حجر عليه لحق سيده فإذا اعتق زال حق السيد فأتبع به [٤] .

فصل [٩ - في اختبار المحجور عليه والصغير بالأذن له في التجارة] :

لولي المحجور عليه بالسفه أو الصغير أن يأذن له في التجارة في قدر من ماله يعينه ليختبره وينظر هل تغيرت حاله وهل قد صار موضعاً لتسليم ماله إليه ، وما استدان من شيء وجب في المال بيده [٥] لأن إذن الولي له في التجارة به يقتضي حق من يستدينه لأنه دانيه عليه ولا يلحق ذمته لبقاء الحجر فإن زاد الدين على قدر ما في يده لم ينتفع به .

فصل [١٠ - في تصديق الوصي فيما ينفقه على اليتيم] :

يصدق الوصي على ما يذكره من نفقه اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك إذا كان في منزله وحضانته ، وإن لم يكن عنده وكان عند أم أو حاضنة يدفع الوصي إليهما نفقته فعليه أن يقيم البينة بما دفع إليهما ، ونفقة الأيتام تختلف بحسب اختلاف أحوالهم وأموالهم فإن كان لليتيم مال واسع وقد ألف النعمة [٦] والتوسعة والرفاهة وسع عليه على قدر ماله في إدامه وكسوته ، وإن كانت أمه فقيرة فالنفقة لها في مال ابنها ولا نفقة لها إن كانت موسرة إلا أن تكون هي حاضنته ، ولأنها

---

(١) في م : أبيع .

(٢) أن يكون سيده : سقطت من ق .

(٣) في م : فلولا أن .

(٤) انظر : التفريع : ٢/ ٢٥٧ ، الكافي ص ٤٢٣ ،المقدمات : ٢/ ٣٤٢ .

(٥) انظر : الكافي ص ٤٢٣ - ٤٢٤ ، المقدمات : ٢/ ٣٤٢ - ٣٤٥ .

(٦) والسعة : سقطت من م .

تتشاغل به عن أمورها وتستحق عليه أجرة ولا يوجد من يقوم بحضانته بغير أجرة فإنها تُعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه.

ولا بأس بتأديب اليتيم وبضربه (١) بالرفق والمعروف إذا احتيج إلى ذلك لأن فيه مصلحة له وتأديباً وحسن تربية ، لأن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الإمام على رعيته تؤدى إلى (٢) الحظ والصلاح له في تأديبه ، فأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصي فجائز إذا عادت بالرفق والتوفير (٣) على اليتيم فإن عادت برفق الوصي فلا يجوز (٤) ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوا نكم والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ (٥) .

فصل [١١ - التجارة في مال اليتيم] :

التجارة في مال اليتيم جائزة إذا كان في ذلك حظاً له (٦) لقوله تعالى : ﴿ قل إصلاح لهم خير ﴾ (٧) وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة » (٨) وقد ورد مرفوعاً (٩) ، ولأن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله وتعريضاً للتثمير فيما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز، وسواء كان بتجارة أو شراء ضيعة أو عقار ليستغل أو ما يراه الناظر له حظاً وصلاحاً ،ولا ضمان على الوصي في نقص إن حدث لأنه أمين .

---

(١) في م : ويضرب .

(٢) في م : تؤدبه من ولى .

(٣) في م : والترفق .

(٤) انظر : في جملة هذه الأحكام : المدونة : ١١٣/٤ - ١١٥ و ٨٨ - ٢٩٠ ، التفريع : ٢٥٧/٢ - ٢٥٨ ، الرسالة ص ٢٥٠ ، الكافي ص ٥٤٨ - ٥٥٠ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ص ٢٢٠ .

(٦) انظر : المدونة ١١٥/٤ ، الموطأ : ٢٥١/١ .

(٧) سورة : البقرة ، الآية ص ٢٢٠ .

(٨) أخرجه مالك في الموطأ : ٢٥١/١ ، البيهقي : ١٠٧/٤ .

(٩) أخرجه الطبراني بسند ضعيف (انظر : نصب الراية : ٣٣٣/٢).

فصل [١٢ - الأكل من مال اليتيم] :

إذا كان وصي اليتيم أو الأمين محتاجاً جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه لايجوز له أخذ شيء من ماله [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ فمن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾[٣] ، وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت رخص رسول الله ﷺ لولي اليتيم أن يأكل بالمعروف » [٤] ، ولأنه ناظر في مصلحة غيره وقيم عليه فجائز [٥] له أن يأخذ بقدر الحاجة أصله الإمام .

فصل [١٣ - طلب الوصي بماله] :

إذا بلغ اليتيم فطالب الوصي بماله فزعم أنه قد دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة[٦] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن القول قوله مع يمينه [٧] ، لقوله تعالى : ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾ [٨] فأمر الولي بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التي في يده إلى غير من ائتمنه عليها فلولا أنه يضمن متى جحد وإلا [٩] لم يكن للأمر بالتوثق فائدة ، ولأنه مأمور بدفع المال

---

(١) انظر : التفريع ٢/ ٢٥٧ ، أحكام القرآن - ابن العربي - ٣/ ١٤٠٥ .

(٢) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ٢٢٤ - ٢٢٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٦٩٦ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٦ .

(٤) أخرجه البخاري في التفسير باب سورة النساء : ٥/ ١٧٧ ، ومسلم في التفسير : ٤/ ٢٣١٥ .

(٥) في م : فجاز .

(٦) انظر : التفريع : ٢/ ٢٥٧ .

(٧) انظر : المبسوط ٢٠/ ١٧٨ - ١٧٩ .

(٨) سورة النساء ، الآية : ٦ .

(٩) وإلا : سقطت من ق .

المؤتمن عليه إلى غير من ائتمنه عليه [1] فوجب ألا يقبل قوله إلا ببينة مع الإنكار له أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي وقال : الأجنبي لم آخذ شيئاً .

فصل [١٤ - في عدم جواز تصرف الزوجة فيما زاد على ثلث مالها الا بإذن زوجها] :

لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئاً من مالها ولا تتصدق ولا تعتق ولا تخرجه في معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها [2] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إنه لا حق لزوجها في منعها [3] ، لقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن » [4] وهذا نص ، وقوله : « تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها . . . » [5] وذلك يفيد أن للزوج حقاً في تبقية مالها [6] بيدها ، ولأن العادة جارية بأن [7] الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية ، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال ، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج مما لأجله رغب في نكاحها وكمل لأجله صداقها .

فصل [١٥ - إذا زادت عطية الزوجة على الثلث] :

إذا ثبت منعها من ذلك فإن زادت على الثلث : فقال مالك : رد جميعه لأنه

---

(١) عليه : سقطت من ق .

(٢) انظر : التفريع ٢/٢٥٦ ، الكافي ص ٤٢٤ .

(٣) هو رأي جمهور العلماء (انظر المغني : ٤/٤٦٤) .

(٤) أخرجه أبو داود في البيع باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها : ٣/٨١٦ ، وابن ماجة في الهبات باب عطية المرأة بغير إذن زوجها : ٢/٧٩٨ وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٥) سبق تخريج الحديث .

(٦) في م : المال .

(٧) في م : على أن .

من الضرر ، وقال المغيرة : يجوز منه قدر الثلث [1] (فلظنه الرواية اعتباراً بالمرض ، وإنما أجزنا لها الثلث لأن) [2] الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه ، ولأن كل من منع من إخراج ماله على غير معاوضة لحق الغير الذي يعاوض عليه فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث أصله المريض .

* * *

---

(١) انظر : التفريع ٢/٢٥٦ ، الكافي ص ٤٢٤ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

باب [- في الحجر على المفلس وحبس المديان]

إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس [(١)] فإن الحاكم يحجر عليه [(٢)] خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ليس له أن يحجر عليه بل يأخذه بقضاء الدين ويحبسه حتى يبيع ويقضي [(٣)] ، لأنه ﷺ حجر على معاذ وقال لغرمائه : « خذوا ما معه ليس لكم غيره » ، وقال الزهري : أدان معاذ دينا [(٤)] فباع رسول الله ﷺ ما له حتى قضى دينه [(٥)] ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ألا أن أسيفع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج [(٦)] ثم أدان مقرضاً فمن كان له عليه شيء فليحضر فإنا نبيع ماله [(٧)] ، ولا مخالف له فإذا ثبت استحقاق الحجر عليه فإن الحاكم يبيع ماله من عروض وعقار وحيوان وغير ذلك [(٨)] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يبيع عليه العقار [(٩)] ، للأخبار التي رويناها وهي عامة ، ولأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات ، واعتباراً

---

(١) المفلس : التفليس يعني الأعدام يقال منه أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ، هذا في اللغة ، أما في الأصطلاح : فالتفليس الأخص : حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء مالزمه ، والأعم : قيام ذي دين على مدين ليس له ما يقي به (غرر المقالة ص ٢٤٩ ، حدود ابن عربة - ٣١١) .

(٢) انظر : المدونة : ٤/ن١١٦ ، التفريع : ٢/٢٤٩ - ٢٥٤ ، الرسالة ص ٢٤٩ ، الكافي ص ٤١٧ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٥ - ٩٦ ، مختصر القدوري - ٢/ ٧٢ - ٧٣ .

(٤) دينا : سقطت من م .

(٥) أخرجه مسلم في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين : ٢/١١٩٣ .

(٦) الحاج : سقطت من م .

(٧) أخرجه البيهقي : ٦/٤٩ .

(٨) انظر : المدونة : ٤/١١٦ ، التفريع : ٢/ ٢٥٠ - ٢٥١ ، الكافي ص ٤٢٠ .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٦ - ٩٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٧٢ - ٧٥ .

بموت المفلس إذا ادعي المديان الأفلاس ولا يعلم صدق مقولته [(١)] من كذبه فإن الحاكم يحبسه ليتبين أمره [(٢)] ، والأصل [(٣)] في ذلك قوله ﷺ « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » [(٤)] والعقوبة ها هنا الحبس ، وروي أنه ﷺ : « حبس في تهمة» [(٥)] ، وقد حبس كثير من الصدر الأول .

فصل [١ - في كون تقدير الحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم] :

والحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم على قدر ما يغلب في ظنه من تهمة الغريم من غدره وإلطاطه [(٦)] وتغيب ماله وليس بمقدر بمدة محصورة خلافاً لأبي حنيفة في تقديره إلى شهرين أو ثلاثة [(٧)] ، لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إعساره من إيساره ، والعلم بذلك ربما وقع في المدة اليسيرة وربما وقع بالمدة الطويلة فوجب ألايتقدر إلا بغلبة الظن .

فصل [٢ - تخليه سبيل المدين إذا ثبت عسره] :

إذا ثبت عسره [(٨)] خلي سبيله ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره [(٩)]

---

(١) في م : قوله .

(٢) انظر :المدونة : ٤/ ١٠٥ ، التفريع : ٢/ ٢٤٧ .

(٣) في ق : واليقين .

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية باب الحبس في الدين : ٤/ ٥٤ ، والنسائي في البيوع باب مطل الغني ، وابن ماجة في الصدقات باب الحبس في الدين والملازمة : ٢/ ٨١١ ، وأحمد : ٤/ ٣٨٨ ، والحاكم : ٤/ ١٠٢ وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(٥) أخرجه أبو داود في الأقضية باب الحبس في الدين : ٤/ ٤٦ ، والنسائي في قطع السارق باب امتحان السارق بالضرب والحبس ، والترمذي في الديات باب الحبس في التهمة: ٤/ ٢٠ ، وقال حديث حسن .

(٦) إلطاطه : من لَطَطَ وهو الجحود ، وألط أي اشتد في الأمر والخصومة (الصحاح : ٣/ ١١٥٦) .

(٧) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ٧٤ : والمذهب أن القاضي .

(٨) في م : عسرته . يحبسه بما يرى أنه صادق في دعواه أنه لا مال له كما يقول

(٩) انظر : المدونة : ٤/ ١٠٥ ، التفريع : ٢/ ٢٤٧ .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله لهم أن يلازموه لا على معنى أنهم يطلبونه ولكنهم يكونون معه يدورون حيث دار [1] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ [2] وذلك ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس ،وقوله ﷺ : في رجل ابتاع تمر فأصيب به فقال عليه الصلاة والسلام : « تصدقوا عليه » ، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال : خذوا ما معه ليس لكم غيره » [3] ، ولأن المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالدين ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته كالذي عليه دين مؤجل ، لأن الحبس لما زال عنه لثبوت عسرته فكذلك الملازمة.

فصل [٣ - عدم جواز إجارة المفلس] :

لاتجوز إجارة المفلس وإن كانت له صنعة [4] يتكسب بها [5] خلافاً لأحمد وغيره [6] ، لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ [7] ، ولأنه ابتداء تملك فلا يجبر عليه كالهبة والوصية ، يحبس في الديون الثابتة كلها المعارضة وغيرها لاستحقاق جميعها ووجوب المطالبة بها .

* * *

(١) مختصر الطحاوي ص ٩٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ٧٤ .

(٢)سورة البقرة ، الآية : ٢٨٠ .

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين : ٣/ ١٩١ .

(٤) في م : صيغة .

(٥) انظر :الكافي ص ٤٢٢ .

(٦) في أحد قولي الإمام أحمد ، وهو قول عمر بن عبد العزير وسوار العنبري واسحاق. (انظر المغني : ٤/ ٤٩٥) .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٠ .

باب [- حلول الدين المؤجل]

يحل الدين المؤجل بالموت [1] خلافاً للحسن وغيره [2] لأنه لو لم يحل لم يخل أن يكون متعلقاً بذمة الميت وذلك باطل بخرابها أو بذمم الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجبه ، ولا يلزم صاحب الدين الرضاً بذمتهم وتسليم الشركة إليهم ، ولأن الدين متقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل فلا فائدة في ذلك ولا نفع للورثة وإنما هو تعريض المال للتلف فقط فلم يبق إلا حلوله وتسليمه إلى الغريم .

فصل [١ - حلول الدين المؤجل بالفلس] :

ويحل بالفلس خلافاً للشافعي [4] ، لأن الفلس يوجب تفرقة المال [5] بين غرمائه كالديون الحالة ، ولأنه معنى يوجب تعلق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال كالموت .

فصل [٢ - في عدم حلول الديون التي للميت أو المفلس بل تبقى إلى أجلها]:

والديون التي للميت أو المفلس لا تحل بل تبقى إلى أجلها [6] ، لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب وإنما حلت الديون التي عليه لبطلان محلها وغيبته.

فصل [٣ - من باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها] :

ومن باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها فالبائع إن وجدها لم

---

(١) انظر : المدونة ٤/١٠٨ - ١١١ ، الكافي ص ٤١٩ .

(٢) انظر : المبسوط ٢٨/٢٠ ، البدائع : ٦/٣ .

(٣) انظر : التفريع ٢/٢٤٩ ، الكافي ص ٤١٧ - ٤١٨ .

(٤) انظر : انظر الأم ٣/٢١٢ ، مختصر المزني ص ١٠٤ - ١٠٥ ، الأقناع ص ١٠٥.

(٥) في م : ماله .

(٦) انظر : الكافي ص ٤١٨ .

تفت مخير بين أن يأخذها بالثمن الذي باعها به وبين تركها ومحاصة الغرماء ، وإن كان قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها أو التمسك بها والحصاص بما بقي ، ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة [1] .

فصل [٤ - في أحقية البائع بعين ماله في الفلس] :

وإنما قلنا إنه أحق بعين ماله في الفلس خلافاً لأبي حنيفة [2] ، لقوله ﷺ : «أيما رجل أفلس فأدرك رجل ما له بعينه فهو أحق به » [3] ، ولأن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ أصله قبل [4] القبض .

فصل [٥] :

وإنما قلنا إنه له تركها أو المحاصة لأن أخذها حق له غير مستحق [5] عليه فإذا لم يختر لم يجبر عليه ، وإنما قلنا له أخذها [6] وإن قبض بعض الثمن إذا رد ما قبضة خلافاً للشافعي [7] ، لعموم الخبر ، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض شيئاً من الثمن إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله وذلك يستوي فيه الفلس بجميع الثمن أو ببعضه .

---

(١) انظر : التفريع ٢/٢٤٩ - ٢٥٠ و ٢٥٤ ، الرسالة ص ٢٤٩ ، الكافي ص ٤١٧ -٤١٨ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٥ - ٩٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/٧٣ - ٧٤ .

(٣) أخرجه البخاري في الاستقراض باب إذا وجد ماله عند مفلس : ٥/٦٢ ، ومسلم في المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشتري : ٣/١١٩٤ .

(٤) قبل : سقطت من م .

(٥) في م : من يحق .

(٦) في م : قبضها .

(٧) انظر : الأم ٣/١٩٩ ، مختصر المزني ص ١٠٢ ، الأقناع ص ١٠٥ .

وإنما قلنا إنه يكون في موت [(١)] المشتري إسوة الغرماء خلافاً [(٢)] للشافعي[(٣)]، لقوله ﷺ : « فإن مات فالبائع إسوة الغرماء » [(٤)] ففرق بين الموت والفلس ، ولأن حظ البائع تقديمه على غيره من الغرماء لا إسقاط الغرماء واستبداده ، والفرق بين الفلس والموت أن في الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها ومع الموت تبطل الذمة فيكون ذلك إسقاطاً لباقي الغرماء .

فصل [٦ - إذا تلف مال المفلس بعد أن جمعه الحاكم وقبل أن يبيعه] :

إذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه فالتلف من المفلس وديون الغرماء ثابته لأن تلفه [(٥)] كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء ، ولا شيء على الحاكم لأنه أمين فإن باعه الحاكم قابض لهم وقد بريء المفلس منه ، وقال محمد بن عبد الحكم الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء لأن الغرماء إنما يضمنونه [(٦)] بالقبض دون البيع ، والأول أصح ، وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال إن كان ذهباً أو ورقا ودينه من جنسه فالتلف بعد جمعه من الغرماء لأنه لم يبق إلا تسليمه إليهم وقبض الحاكم هو قبض لهم : فضمان الذهب ممن دينه ذهب وضمان الورق ممن دينه ورق ، وإن كان عروضاً فتلفها من المفلس لأن الغرماء يستحقون أثمانها دون أعيانها .

فصل [٧ - في تفليس الصناع] :

الصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في ديونهم إذا كانوا قد عملوها في الموت والفلس لقبضهم إياها وحوزهم لها كالرهن ، وكذلك لو

---

(١) موت : سقطت من ق .

(٢) خلافاً للشافعي : سقطت من ق .

(٣) انظر : الأم ٣/٢١٢ ، مختصر المزني ص ١٠٢ .

(٤) أخرجه أبو داود في الإجارة باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده : ٣/٧٩٢ ومالك : ٢/٦٧٨ وهو مرسل (تلخيص الحبير : ٣/٣٩) .

(٥) لأن تلفه : سقطت من ق .

(٦) في م : يضمنوا .

استأجر أرضاً يزرعها ثم مات أو أفلس قبل قبض الأجرة فربها أحق بالزرع ، وكذلك لو استأجر دارا للسكنى ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس فربها أحق بما بقي من مدة الإجارة ويحاص الغرماء بما مضى من السكنى ، وكذلك ما يرد من مسائل هذا الباب [1] .

* * *

---

(١) انظر : الكافي ص ٤٢٢ .

باب [– في تجارة ودين العبد بغير إذن سيده]:

إذا اتجر العبد فأدان بغير إذن سيده فللسيد فسخ الدين [1] عنه بما له كسبه وله انتزاع ماله فليس لغرمائه [2] إتلاف ماله على سيده واستبدادهم به : فإن أعتق العبد اتبعه الغرماء لزوال حق السيد عنه بعد عتقه ، وله أن يسقط الدين عنه [3] لأن تبقيته عليه يعيبه إذا أراد بيعه والذي دانه هو الذي عرض ماله للتلف [4] فإذا أسقطه عنه لم يتبعه الغرماء بعد العتق .

فصل [١ – في إفلاس المأذون له في التجارة] :

إذا أذن له في التجارة جاز : فإن أفلس [5] فدينة في ذمته وفي ماله الذي في يديه [6] لأن الغرماء دائنوه على ماله وذمته ، ولأن السيد لما أذن له في التجارة كان ذلك رضا منه بتعلق الديون بماله وذمته ، وليس لسيده انتزاع ماله لأن غرماء العبد أولى بماله من سيده لأنهم داينوه على ماله ، ولأنه بمنزلة عين [7] مالهم ولو أفلس [8] السيد كان غرماء العبد أولى بمال العبد من غرماء السيد ، وغرماء السيد أولى برقبة العبد لأن رقبة العبد ملك لسيده لا حق فيها لغرماء العبد ، وإذا داين السيد عبده كان كأحد الغرماء يقاص بدينه كما يقاص سائر الغرماء [9] .

---

(١) في م : المال .
(٢) في م : لغرماء العبد .
(٣) انظر : المدونة ٤/ ١٢٤ ، التفريع : ٢/ ٢٥٥ ، الكافي ص ٤٢٢ .
(٤) في م : للسيد .
(٥) في م : فلس .
(٦) في ق : بيديه .
(٧) عين : سقطت من ق .
(٨) في م : فلس .
(٩) انظر : المدونة ٤/ ١٢٤ – ١٢٨ ، التفريع : ٢/ ٢٥٥ ، الكافي ص ٤٢١ – ٤٢٢ .

فصل [٢ - ليس لغرماء المأذون سبيل على رقبته] :

ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته ولا على مال سيده [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن لهم بيعه [٢] ، ولأن الدين الحاصل عن مراضاة لا يتعلق بالرقبة وإنما يتعلق بالمال أو بالذمة كالحر إذا داين ثم أفلس فإن رقبته لا تباع ولا تؤاجر [٣] ، ولأن الغرماء إنما يداينون على مال العبد [٤] لا على مال غيره ورقبته ليست بمال له ، وإنما قلنا إنه لا سبيل لهم على السيد لأن السيد إنما أذن له في التجارة بالمال المدفوع إليه دون غيره إلا أن يضمن السيد عنه فليزمه الضمان .

* * *

---

(١) انظر : المدونة ٤/١٢٦ ، التفريع : ٢/٢٥٥ ، الكافي ص ٤٢٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/٢٢٥ .

(٣) في ق : يؤاجره .

(٤) في م : الغريم .

بسم الله الرحمن الرحيم[1]
كتاب الصلح

الأصل في جواز الصلح [2] قوله تعالى : ﴿ والصلح خير ﴾ [3] ، وقوله ﷺ: « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » [4] ، ولأن فيه قطعاً للخصومة وداعياً [5] إلى التواصل والألفة .

فصل [١ - في جواز الصلح على الإنكار والإقرار] :

وهو عندنا جائز على الإقرار والإنكار [6] خلافاً للشافعي في قوله إنه لا يجوز مع الإنكار [7] ، لقوله ﷺ : « الصلح جائز بين المسلمين إلاصلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » [8] فعم ، ولأنها دعوى مالم يحكم ببطلانها فجاز الصلح معها أصله مع الإقرار ، ولأنها أحد حالي المنكر كالإقرار ، ولأن كل

---

(١) بسم الله الرحمن الرحيم : سقطت من م .

(٢) الصلح : في اللغة الصلح ضد الفساد (الصحاح : ١/ ٣٨٣ ، معجم مقاييس اللغة : ٣/ ٣٠٣) ، وفي الإصطلاح عرفه ابن عرفه بقوله : انتقال عن حق أو دعوي بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه (حدود ابن عرفه ص ٣١٤) .

(٣) سورة النساء ، الآية : ١٢٨ .

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية باب في الصلح : ٤/ ١٩ ، وابن ماجة في الأحكام باب في الصلح : ٢/ ٧٨٨ ، والترمذي في الأحكام باب ماذكر من رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، وقال : حسن صحيح : ٣/ ٦٣٤ .

(٥) في م : داعية .

(٦) انظر : المدونة ٣/ ٣٤٥ وما بعدها ، التفريع : ٢/ ٢٨٩ ، الكافي ص ٤٥١ .

(٧) انظر : الأم ٣/ ٢٢١ ، مختصر المزني ص ١٠٦ ، الإقتناع ص ١٠٦ .

(٨) سبق تخريج الحديث قريبا .

صلح جاز [1] مع الإقرار جاز مع الإنكار أصله الإبراء ، ونفرض الكلام في أن افتداء اليمين جائز وهو أن يلزم أحد المتداعيين اليمين فيبذل المدعى عليه للمدعي[2] شيئاً على ألا يحلفه [3] .

والدليل على جواز ذلك أنه مروي عن عثمان وابن مسعود [4] ولا مخالف لهما ، ولأن المدعي عليه لا يخلو أن يكون محقاً في إنكاره أو مبطلا فإن كان مبطلاً فقد أحسن إذ [5] لم يحلف على باطل ودفع الحق ، وإن كان محقاً فقد دفع عن نفسه شر المدعي وتبذيله إياه ونزَّه [6] نفسه عن اليمين التي تثقل على أهل المروءات والدين وتستبق الظنة إلى المقدم عليها .

فصل [٢ - في أضرب الصلح] :

الصلح على ضربين : منه معاوضة كالبيع فهذا حكمه حكم البيع يدخله من الجواز والمنع ما يدخل البيع ، ومنه إسقاط وإبراء .

فأما القسم الأول : فهو أن يدعي على غيره شيئاً ثم يبيعه [7] منه فلا يجوز إلا في معلوم ولا يجوز أن يفسخ في دين إذا كان المدعى دينا ، ولا في طعام قبل قبضه ، ولا عن دعوي في جنس بائنين من جنسه إلى أجل ، ولا عن مجهول ولا غرر ، ولا على ضع وتعجل قبل حلول الأجل ، وجملته أنه يمتنع فيه مايمتنع في البيع .

فأما القسم الثاني : فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه مثل أن يكون على

---

(١) في م : جائز .

(٢) للمدعي : سقطت من م .

(٣) في م : تلحقه .

(٤) انظر : سنن البيهقي : ١٠/١٧٧ .

(٥) في ق : إذا .

(٦) في م : رد .

(٧) في م : لم يبعه .

رجل مال حال فيصالحه على بعضه وإسقاط باقيه ، وإن كان مؤجلاً فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل [1] بعضه وإسقاط باقيه ويجوز أن يصالحه عن ذهب له على ورق يأخذها منه نقداً ، وعلى ذهب عن ورق لا يجوز الرجوع بها لأن ذمة الغريم قد برئت [2] .

* * *

(١) في م : تعجل له .

(٢) انظر : في جملة هذه الأحكام : المدونة : ٣/٣٤٥ وما بعدها ، التفريع : ٢/٢٨٩ - ٢٩٠ ، الكافي ص ٤٥١ - ٤٥٣ .

باب [- في إحياء الموات]

ومن أحيا أرضاً [١] ميتة غير مملوكة لمسلم [٢] ولا ذمي بالوجه الذي يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر وجصها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهي له إذا كانت في فيافي [٣] الأرض وفلواتها [٤] بعيدة من العمران والمواضع التي لا يتشاح الناس فيها من غير حاجة إلى استئذان الإمام ، وأما إن كانت بقرب العمران في حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام[٥]، والأصل في جواز الإحياء قوله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » [٦] وهذا نص، وإنما لم نشترط إذن الإمام فيما بعد عن العمران خلافاً لأبي حنيفة [٧] ، لهذا الخبر وهو عام ، ولقوله ﷺ : « من أحاط على أرض فهي له » [٨] ، ولأنه ليس في ذلك إتلاف حق غيره ولا ما يؤدي إلى التخاصم والعداوة فكان

---

(١) إحياء الأرض الميتة : قال ابن عرفه عن الإحياء :لقب لتعمير دامر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها (الرصاع على ابن عرفه ص ٤٠٧) .

(٢) في م : لم تكن لمسلم مملوكة .

(٣) فيافي :جمع فيف : وهي الصحراء الواسعة المستوية ، (المعجم الوسيط : ٧٠٨/٢) .

(٤) الفلاة : هي الأرض لا ماء فيها . (المصباح المنير ص ٤٨١) .

(٥) انظر : الموطأ : ٧٤٣/٢ ، المدونة : ٣٧٧/٤ ، التفريع : ٢٩٠/٢ .

(٦) أخرجه أبو داود في الخروج باب احياء الموات : ٤٥٤/٣ والترمذي في الأحكام باب ماذكر في إحياء الموات وقال حديث حسن غريب : ٦٦٢/٣ وله شاهد في البخاري في الحرث والمزارعة باب من أحيا أرضاً موات : ١٨/٥ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢١٩/٢ .

(٨) أخرجه أبو داود في الخراج باب إحياء الموات : ٤٥٦/٣ وأحمد : ١٢/٥ و ٢١ والبيهقي : ١٤٨/٦ والطبراني والحديث مختلف فيه (انظر تلخيص الحبير : ٦٢/٣) .

يملك بالإحياء [١] مباحاً كتمليك [٢] الحشيش والصيد بالأخذ ، وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قرب من العمران خلافاً للشافعي [٣] ، لأن ما قرب من البلد في حكم فِنائه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب فيه والاصطياد والرعي وغير ذلك من وجوه الإرفاق [٤] فلو أُجيز لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد فلم يكن بد من نظر الإمام ليكون كالحكم لمن يحييه ، فإذا أحيا أرضاً ثم خرجت ودثرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر بعده فهي للثاني دون الأول بناء على الصيد إذا أفلت وعاد إلى الأستيحاش ولحق وطال زمانه وقد بيناه.

فصل [١ - في حد حريم البئر] :

حريم البئر [٥] ليس فيه حد إلا الاجتهاد وما يعلم أنه لا يضر بالبئر الأول ، وذلك يختلف باختلاف الأراضي والمواضع من الصلابة والرخاوة : فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز ، وما علم فيه ضرر منع ، وذلك في الآبار التي تحفر في الصحاري والفلوات للماشية ، فأما إذا أراد أن يحفر بئراً في ملكه [٦] بقرب من بئر جاره ويخاف منه الاضرار بها فإن كان له مندوحة عنه وسعة فليس له ذلك لأن قصده حينئذ الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك في ذلك ، والأخرى أنه يجوز له فعله [٧] .

فوجه الأولى قوله ﷺ : « لا ضرر ولا اضرار » [٨] ، واعتباراً به إذا كانت

---

(١) في م : بلا إحياء .

(٢) في ق : كتملك .

(٣) انظر : الأم ٤/٤١ - ٤٢ ، مختصر المزني ص ١٣٠ - ١٣١ ، الأقناع ص ١١٨ .

(٤) في م : الارتفاق .

(٥) حريم البئر : حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه ، سمي بذلك لأنه يحرم على غير مالكه ، أن يستبد بالانتفاع به (المصباح المنير ص ١٣٣) .

(٦) في م : في ملك نفسه .

(٧) انظر : المدونة :٤/٣٧٣ ، التفريع : ٢/٢٩١ ، المقدمات : ٢/٢٩٥ - ٣٠٢ .

(٨) سبق تخريج الحديث .

له مندوحة عنه ، ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى بالمراعات لفضل السبق ، ووجه الثانية أن للانسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف ، ولايجب أن يمنع لحق الغير لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ولا أن يراعي فضل السبق لأن الأول قد عرض تصرفه للبطلان إذا علم أن لجاره أن يتصرف في ملكه.

فصل [٢ - في عدم جواز منع فضل مياه البراري] :

الآبار المحتفرة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها [١] ، لأن الناس كلهم شركاء فيها ، ولقوله ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث : فذكر الماء والكلأ ... » [٢] ، وإن كان هو الذي حفرها في ذلك الموضع فليس له منع فضلها ، فالذي يحتاج إليه أولى فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقي [٣] للمسلمين ولم يكن له منع الفضل خلافاً لمن جعل له ذلك: لأن آبار الماشية التي تحفر في البراري إنما تحفر للسبيل وليتفع بها الحافر وغيره ولا تُحفر للتمليك والإحياء ، ولأنه ليس لأحد أن يحمي في المواضع التي يتشاح الناس فيها بغير إذن الإمام لقوله ﷺ : « لا حمى إلا لله ولرسوله » [٤]، وإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعاً من الرعي لأن أحدا لا يرعي إلا على ماء ، فإذا ثبت ذلك فليس له أخذ عوض عليه لأن حفرها على وجه السبيل على ما بيناه لأن الموضع ليس بملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فتكون

---

(١) انظر : المدونة ٤/ ٣٧٤ ، التفريع : ٢/ ٢٩١ ، الكافي ص ٤٩١ ، المقدمات : ٢/ ٢٩٧ .

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع باب منع الماء : ٣/ ٧٥١ بلفظ المسلمون ، وابن ماجه في الأحكام باب الرهون : ٢/ ٨٢٦ ، بسند صحيح ، وأحمد : ٥/ ٣٦٤ ، والطبراني والبيهقي: ٦/ ١٥٠ ، وفيه عبد الله بن خراش ضعفه البخاري وأبو زرعه وغيرهما (تلخيص الحبير : ٣/ ٦٥) .

(٣) في م : مالكا له .

(٤) أخرجه البخاري في المساقاة باب لاحمي الا لله ولرسوله : ٣/ ٧٨ .

ملكا له ، فإذا ثبت هذا فإنما يلزمه بذل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه لأنه إنما حفرها هو ليختص هو بمنفعتها أو قدر ما يحتاج إليه منها، ولأنه ﷺ نهى عن منع فضل الماء [1] ، وذلك عما زاد على قدر الكفاية ، فأما[2] إن حفر بئراً على وجه التملك [3] والأحياء ليبني ويغرس في ذلك الموضع فله منع ما فضل من مائها لأن المكان يملك بالأحياء بئراً في أرضه أو داره فإن البئر ملكه لأنه أحدثها في ملكه ، وكذلك إذا ابتاع الدار والأرض وفيها البئر فإن البئر مع الأرض ملكاً له فالماء الذي فيها ملكه فله منعه إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن تنهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه التلف فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليجي به زرعه ويجبر على ذلك لأن فيه إحياء زرع وإعانته من حيث لا ضرر عليه ببذله كما لزمه لشربه إذا اضطر إليه ، ويقال لصاحب الزرع خذ أنت في إصلاح بئرك وهذا إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئره وانقطع ماؤه ، وأما إن كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالا على جاره فإن لجاره أن يمنعه لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء مالم تكن ضرورة وهاهنا لا ضرورة لأن الزارع هو الذي [4] أتلف زرع نفسه حين زرع على غير ماء ، وكذلك إذا زرع على ماء فانقطع [5] ، وإنما قلنا إن على جاره أن يمكنه من فضل مائة وأن ذلك يلزمه ويتشاغل هو بإصلاح بئره ، فأما إن ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالا على بئر جاره لم يلزم جاره فضل الماء لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء ، وقد اختلف أصحابنا فيه إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه هل له مطالبته بعوض أم لا : فإذا قلنا ليس له فلأن ذلك حق على الجار على

---

(١) أخرجه البخاري في المساقاة باب من قال : أن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى : ٣/ ٧٥ ومسلم في المساقاة باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالغلاة : ٣/ ١١٩٨ .

(٢) في ق : فلو .

(٣) في ق : التمليك .

(٤) هو الذي : سقطت من م .

(٥) انظر : المدونة : ٤/ ٣٧٤ ، التفريع : ٢/ ٢٩١ ، المقدمات : ٢/ ٢٩٨ - ٣٠٢ .

طريق الأعانة مع كون أصله مباحاً كما لو احتاج إليه للشرب وإذا قلنا إن له منعه فلأن وجوب البدل لا يتضمن الإتلاف اعتباراً بالعلم .

فصل [٣ - فيمن سأله جاره بغرز خشبة في جداره] :

وينبغي لمن سأله جاره أن يغرز خشبة في جداره أن يجيبه إلى ذلك ولا يمنعه ، فإن أبى لم يجبر عليه (١) ، وإنما استحببناه له لقوله ﷺ : « لا يمنعن أحدكم أخاه أن يضع خشبة على جداره (٢) » ، ولأن في ذلك رفقاً بالجار ومعونة له وهو من مكارم الأخلاق ومعالي الأمور مع الوصية بالجار وحسن المجاورة ، وإنما قلنا لا يقض بذلك عليه خلافاً لمن أوجبه ، لقوله ﷺ : « لا يحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفس منه » (٣) ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه باباً أو كوة .

فصل [٤ - إذا أذن له بغرز الخشب في جداره ثم طالبه بقلعه] :

وإذا أذن له في ذلك ثم طالبه بقلعه : فإن كان لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لابد له منه كان (٤) له ذلك لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر نفسه كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو محتاج إليه ، وإن لم يكن به ضرورة إليه وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته لم يمكن من ذلك ، ويفارق حال الابتداء لأنه إذا لم يأذن في الابتداء فلم يتعلق عليه حق فإذا أذن فقد ضمن تبقية ما أذن فيه على الوجه الذي يؤدي إلى مثله في العادة فليس له الرجوع فيه (٥) .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/ ٢٩٢ .

(٢) أخرجه البخاري في المظالم باب لا يمنع جار جاره أن يغرز ... ٣/ ١٠٢ ، ومسلم في المساقاة باب غرز الخشب في جدار الجار : ٣/ ١٢٣٠ .

(٣) أخرجه الدارقطني : ٣/ ٢٦ ، والبيهقي : ٦/ ١٠٠ ، وأبو يعلى : ٣/ ١٤٠ ، اسناده جيد (تلخيص الحبير : ٣/ ٤٥ ، ونصب الراية : ٤/ ١٦٩) .

(٤) منه كان : سقطت من م .

(٥) انظر : التفريع ٢/ ٢٩٢ .

فصل [٥ - إذا أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة] :

إذا ما أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة [١] ليضيء منها منزله فله ذلك لأن به حاجة إلى ذلك وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه ولا يضر به ، فأما إن كان يتشرف منها على جاره فيمنع منه [٢] لأن في ذلك إضرار بالجار ، ولأن الحائط وإن كان ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة فيه .

فصل [٦ - علو الدار التي بين اثنتين] :

علو الدار التي بين اثنين مملوك [٣] سقفه لصاحب الدار لأن عليه إصلاحه ورم شعثه وبناؤه إن انهدم ولصاحب العلو حق الجلوس عليه [٤] ، وإنما قلنا إن عمارته على صاحب السفل لأن السقف ملك له وحق الأعلى فيما زاد عليه لأن البيت لا يكون بيتا إلا بسقفه في العادة ، وإذا ثبت ذلك لزم لصاحب السفل من الانتفاع ورم الشعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع ممن يبني [٥] وإلا أدى إلى إبطال ملك الأعلى .

فصل [٧ - إذا تنازع السقف بين صاحب السفل وصاحب العلو] :

وإن تنازعاً السقف حكم به لصاحب السفل [٦] خلافاً للشافعي في قوله انه يكون بينهما [٧] ، لأن السقف محمول على ملك صاحب السفل غير متيقن ملكه لغيره فإذا تنازعا عليه حكم به لمن هو على ملكه كالحمل على الدابة يدعيه مالك الدابة وأجنبى ، ولأن العرف جار بأن البيت إنما يكون بيتا بسقفه وأن الناس

---

(١) الكوة : هو الخرق في الجدار منه الهواء والضوء (المعجم الوسيط : ٢/ن٨٠٦) .

(٢) انظر : المدونة ٣٤٧٨/٤ ، التفريع : ٢٩٢/٢ ، الكافي ص ٤٩٣ .

(٣) في ق : مملوكة .

(٤) انظر : المدونة : ٣٧٨/٤ ، التفريع : ٢٩٤/٢ ، الكافي ص ٤٩٣ .

(٥) يبنى : سقط من م .

(٦) انظر : التفريع : ٢٩٤/٢ ، الكافي ص ٤٩٥ .

(٧) انظر : المهذب : ٣٣٧/١ ، المغني المحتاج : ١٨٩/٢ .

لايسكنوه إلا مسقفاً ، والحكم عند التنازع لمن شهد له العرف ، ولأنه لو باع بيتاً لدخل سقفه في البيع بالإطلاق فعلم أنه منه وكذلك إذا قُسم بأنه يقسم سقفه.

فصل [٨ - إذا تنازعاً حائطاً بين دارين] :

إذا تنازعا حائطاً بين حكم به لمن يشهد [١] له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل المُلاَّك في أملاكهم ويتصرفون غالبا فيه من الرباط ومعاقد القمط [٢] ووجوه الآجر واللبن [٣] وما أشبه ذلك [٤] ، وقال الشافعي لايحكم بشيء من ذلك بل يكون بينهما [٥] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وأمر بالعرف ﴾ [٦] ، وروي أن رجلين تنازعاً جدارا فحكم رسول الله ﷺ بالجدار لمن إليه معاقد القمط [٧] ولأن العادة أن مثل هذا التصرف إنما يكون من المُلاَّك فوجب أن يكون الحكم لمن شهد له العرف ، وكما يجب مثل ذلك إذا تنازعاً في النقد أو صفة السير أو مقدار الحمولة .

فصل [٩ - التصرف في الحائط المشترك] :

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئاً إلا

---

(١) في م : شهد .

(٢) معاقد القمط : القمط جمع قماط وهي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرهما ، ومعاقد القمط : تلي صاحب الخص (النهاية : ١٠٨/٤) .

(٣) اللبن : بكسر الباء - ما يعمل من الطين ويبنى به الواحدة لبنة (المصباح المنير ص ٥٤٨) .

(٤) انظر : التفريع ٢٩٣/٢ ، الكافي ص ٤٩٣ .

(٥) انظر : المهذب : ٣٣٦/١ .

(٦) سورة الأعراف ، الآية : ١٩٩ .

(٧) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب الرجلان يدعيان في خص ٧٨٥/٢ ، وفيه نمران ابن حارية قال ابن القطان : حاله مجهول وذكره ابن حبان فى الثقات وأخرجه الدارقطني : ٢٢٩/٤ .

بإذن شريكه (١) ، لأنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره بغير (٢) إذنه وحقه غير متميز من حق الشريك فكان كالثوب والعبد ، فإن انهدم وكان يستره لهما فأراد أحدهما بناؤه وأبى الآخر ففيها روايتان (٣) : إحداهما إجبار الممتنع ، والأخرى نفي إجباره ، فوجه إثباته (٤) قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » (٥) وفي ترك البناء بالشريك لأنه يطلع عليه ويتشرف على منزله ، ولأنه لو أراد أن يفتح كوة ويشرف منها عليه لم يكن له ذلك وهذا بمنزلته ، ووجه نفيه أن أحدا لا يجبر على البناء في حقه كما لو انفرد به وليس إذا تعلق بذلك حق الشريك يوجب إجبار الشريك الآخر عليه لأن حق الشريك هو منع هذا من الاطلاع عليه ، فأما في وجوب (٦) البناء فلا ، وإذا ثبت أنه لا يجبر (٧) فإنهما يقتسمان العرصة (٨) ثم يبنى من يشاء منهما لنفسه ، والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما فإن أبى أحدهما فإنما يتخرج على روايتين كالجدار .

فصل [١٠ - فيمن له مسيل ماء على سطح جاره أو شرب في بستان غيره] :

من له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة للسطح على مالكه دون من له حق المسيل ، ومن له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهي عليهما جميعاً (٩) ، قال (١٠) والفرق أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على

---

(١) انظر : التفريع ٢/٢٩٣ ، الكافي ص ٤٩٣ .

(٢) في م : الا .

(٣) انظر : التفريع ٢/٢٩٣ ، الكافي ص ٤٩١ .

(٤) فوجه إثباته : سقطت من م .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ١٠٤٩ .

(٦) في ق : وجوبها .

(٧) في ق : كالجبر .

(٨) في ق : بالقرعة .

(٩) انظر : المدونة ٤/٣٧٦ ، التفريع : ٢/٢٩٣ ، الكافي ص ٤٩٥ .

(١٠) قال : سقطت من م .

(السطح فعلى صاحب) [1] السطح تمكينه من ذلك وليس له ملك في السطح فلم تلزمه نفقه عليه ، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الأنفاق على الساقية معه .

فصل [١١ - في طرح ما في السفينة خشية الغرق] :

إذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم فإنه [2] يكون منهم على قدر أموالهم ، ولا يجوز لأحد [3] الامتناع من طرح متاعه إن احتيج تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته [4] لأن في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره الحكم فيه سواء ، ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله لأن الطارح فعل ما يلزمه هذا فعله فكان كالنائب عنه ، وإنما قلنا إنه يكون بينهم على قدر أموالهم لأن الحق في ذلك لجميعهم ، ولأن غرق المركب إنما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما يحتاج [5] إليه من التخفيف ، وقد اختلف في اعتبار القيمة : فقيل يكون في وقت الطرح لأن سائر المتلفات تقوم حال الاتلاف في المواضع التي يتعلق بها الضمان ، وقيل في أقرب المواضع إليه لأنه في البحر لا قيمة له لأنه لايساوي شيئاً وهو يطرح في الماء ويتلف كما لا يقوم المرتد وقت قتله ، وقيل الثمن الذي اشتري به لأنه ليس ما يرتجع [6] إليه سواه إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق ، ولا يلزم عمال المركب شيء لأنه لم يكن الخوف لأجلهم .

فصل [١٢ - اصطدام مركبين في جريهما] :

إذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر لأنه لا

---

(١) مابين قوسين سقط من م .

(٢) في م : فإنهم .

(٣) في م : لأحدهما .

(٤) انظر : التفريع ٢/ ٢٩٥ ، الكافي ص ٤٩٢ .

(٥) في ق : يحتاجوا .

(٦) في م : ما يرجع .

صنع له في ذلك بخلاف الراكبين على فرسين [1] لأن التفريط من قبل الصادم إذ هو قادر على ضبط الفرس وعلاجة وإلا فكان يجب ألا يركب فرساً لا يضبط لئلا يجني على غيره .

* * *

(١) انظر : التفريع ٢/٢٩٥ ،الكافي ص ٤٩٣ .

باب : الوديعة [1]

الأصل في الوديعة [2] قوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الآمانات إلى أهلها ﴾ [3] ، وقوله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » [4]، ولأن عمل المسلمين جارٍ بها منذ عهد النبي ﷺ إلى يومنا ، وهي أمانة محضة ، ولا يضمنها المودع لأن قبضها ينفع صاحبها على التجريد : فإن ادعي أنها تلفت فالقول قوله فيها لأن يده عليها يد أمانة ، وسواء كان متهماً أو غير متهم لأن ربها رضي بأمانته سواء قبضها ببينة أو بغير بينة .

فصل [١ - ادعاء المودع ردها على مالكها] :

فإن ادعي ردها على مالكها فذلك على وجهين : إن قبضها بغير بينة فالقول قوله في ردها كالتلف ، وإن كان قبضها ببينة لم تقبل منه إلا ببينة [5] ، خلافاً للشافعي [6] ، لأن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد وإنما رضي بها في

---

(١) عنوان الباب : سقط من م .

(٢) الوديعة : قال ابن فارس : الواو والدال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية ودعه : تركه (معجم مقاييس اللغة : ٦/ ٩٦) وفي الاصطلاح هي : مال وُكِّل على حفظه (الفواكه الدواني : ٢/ ١٨٥) .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده : ٣/ ٨٠٥ والترمذي في البيوع بعد باب ما جاء في النهى للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخصر يبيعها له: ٣/ ٥٦٤ وقال حسن غريب ، والحاكم : ٢/ ٤٦ وقال على شرط مسلم .

(٥) انظر : المدونة ٤/ ٣٥١ وما بعدها التفريع : ٢/ ٢٦٩ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٣ .

(٦) انظر : الأم ٣/ ٢٤٥ ، مختصر المزني ص ١٤٧ ، الأقناع ص ١١٣ .

الحفظ دون القبض لأنه توثق منه بما أشهد عليه (حين قبضها فوجب الضمان وإلا لم ينتفع بالأشهاد بها ، ولا يلزم عليه) [1] التلف لأنه لا يمكن الأشهاد عليه .

مسألة [٢ - إذا عرض للمودع سفر] :

إذا عرض للمودع سفر لم يجز له أن يسافر بالوديعة ، فإن سافر بها ضمن إن تلفت كان السفر آمناً أو مخوفاً [2] ، خلافاً لأبي حنيفة في تضمينه مع الخوف[3]، لما روي « أن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى»[4] يعني الهلاك ، ولأن السفر غرر ولم يأذن له صاحبها بالتغرير بها ، واعتباراً بالسفر المخوف .

فصل [٣ - إذا أراد المودع السفر فأودعها عند ثقة] :

إذا ثبت أنه لا يسافر بها فإنه يودعها ثقة ولاضمان على واحد منهما لأنه لا يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه .

فصل [٤ - في المستودع يودع الوديعة غيره] :

إذا [5] استودعها من غير عذر [6] ضمن لأن مالكها رضي بأمانته دون أمانة غيره ، ولم يأذن له في دفعها إلى غيره فكان متعدياً بذلك فلزمه الضمان ، ويفارق ذلك حاجته إلى السفر لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله ، وكذلك إذا

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) انظر : المدونة ٤/ ٣٥٢ ، التفريع : ٢/ ٢٧٠ ، الكافي ص ٤٠٣ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٦٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٩٨/٢ .

(٤) ذكره ابن قتيبة في غريب الحديث : ٢/ ٥٦٤ ، وقال الحافظ ابن حجر : رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري وأسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس ، وأنكره النووي في شرح المهذب ، (زنظر تلخيص الحبير : ٩٨/٣) .

(٥) في م : وان .

(٦) انظر : المدونة ٤/ ٣٥١ و ٣٥٥ ، التفريع : ٢/ ٢٧٠ ، الكافي ص ٤٠٣ .

خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره ولا ضمان عليه لأن ذلك يجري مجرى إرادة السفر ولكن لا يصدق على الخوف على منزله إلا بأمر يظهر يعلم صدقه فيه.

فصل [٥ - إذا دفع إليه مالا في السفر يحمله إلى بلد فبعثه مع غيره] :

إذا دفع إليه مالا في السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان [1] ، والفرق بينه وبين مبتديء السفر أن هذه قد أذن له في السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة والحاضر يخالفه .

فصل [٦ - إذا أنفق بعض الوديعة] :

إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها ، وإن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فلا ضمان عليه خلافاً لعبد الملك في إلزامه الضمان [2] لأن الذي أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدي فسقط الضمان ، ولأنه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كالأبتداء ، ووجه قول عبد الملك أنه قد خرج عن الأمانة وصار متعدياً بأخذها فرده إياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها .

فصل [٧ - سقوط الضمان بالرد فيما له مثل مما يكال أو يوزن] :

وسقوط الضمان بالرد فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال أو يوزن ، فأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه [3] الضمان [4] لأن القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم فلا يقبل حكمه لنفسه ، والمثل لا اجتهاد فيه.

---

(١) انظر : المدونة ٤/ ٣٥٤ ، التفريع : ٢/ ٢٧٠ .

(٢) انظر: المدونة ٤/٣٥٦ ، التفريع : ٢٧١/٢ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٤.

(٣) في ق : فيه .

(٤) انظر : المدونة ٣٥٩/٤ ، التفريع : ٢٧١/٢ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٣ - ٤٠٤ .

فصل [٨ - في قبول قوله إنه رد ما أخذ] :

وفي قبول قوله إنه رد ما أخذ أو مثله من غير بينة روايتان [١] ، فإذا قلنا إنه يقبل فلأنه موكول [٢] إلى أمانته كادعائه التلف أو الرد ، ولأنه منفق لها على وجه التأويل واعتقاد ردها فلم يخرجه ذلك عن الأمانة ، وإذا قلنا إنه لا يقبل فلأن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به منه إلاببينة أو بإقرار الغريم اعتباراً بسائر الديون.

مسالة [٩ - كراهية التجارة بالوديعة] :

يكره أن يتجر بالوديعة [٣] لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها عليه لا لينتفع بها ، وإن فعل فعليه الضمان وله الربح ، ومن أبضع معه بضاعة ليشتري بها شيئاً فاتجر فيها فإن تلفت ضمن وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة لأن المُبضع طالب التنمي والربح فليس لمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه ، وان تلف المال ضمن بتعديه والمودع إنما قصد الحفظ فقط [٤] فلم يكن له من الربح شيء .

* * *

(١) انظر : المدونة ٤/ ٣٥٤ ، التفريع : ٢/ ٢٧٠ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٣ .

(٢) في ق : موكولة .

(٣) انظر : التفريع ٢/ ٢٧١ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٥ .

(٤) في م : لا الربح .

باب : العاريَّة (١)

العاريَّة : تمليك منافع العين بغير عوض ، وهي جائزة مندوب إليها [٢] لقوله تعالى : ﴿ وافعلوا الخير ﴾ [٣] ، وقوله تعالى : ﴿ إلا من أمر بصدقة أو معروف ﴾ [٤] ، وقوله ﷺ : « كل معروف صدقة » [٥] ، وقوله : « العارية مؤداة » [٦] ، لأنه ﷺ استعار [٧] وكذلك الصحابة .

فصل [١ - أنواع العارية] :

العارية نوعان : نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدي ، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم

---

(١) العاريَّة : بتشديد الياء لأن الأصل فيها عاوره من قولك تعاور القوم الشيء إذا تداولوه بينهم قال الشاعر : إذا رد المعاور ما استعار (غرر المقالة ص ٢٢٧) .

(٢) انظر : المدونة ٤/ ٣٦٠ ، التفريع : ٢/ ٢٦٧ - ٢٦٩ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٧ .

(٣) سورة الحج ، الآية : ٧٧ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ١١٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ٩٩٨ .

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع باب في تضمين العرية : ٣/ ٨٢٥ ، وابن ماجة في الصدقات باب الكفالة : ٢/ ٨٠٤ والترمذي في البيوع باب ما جاء أن العارية مؤداة : ٣/ ٥٦٥ وقال حسن غريب ، وهو صحيح بمجموع طرقه (انظر نصب الراية : ٤/ ٥٨ ، وتلخيص الحبير : ٣/ ٥٤) .

(٧) كما جاء في حديث صفوان أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعاً . أخرج الحديث أبو داود في البيوع باب تضمين العرية : ٣/ ٨٢٢ ، وأحمد : ٣/ ٤٠١ ، والدارقطني : ٣/ ٣٩ والحاكم : ٢/ ٤٧ ، والبيهقي : ٦/ ٨٩ .

يعلم هلاكه إلا بقول المستعير ، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد كان من المستعير ففيه روايتان : إحداهما لا يضمن وهو الصحيح ، والأخرى أنه يضمن وهو قول أشهب [1] ، وعند الشافعي أنها مضمونة على كل وجه[2] ، (وعند أبى حنيفة أن العارية لاتضمن على كل وجه [3]) [4] ، فدليلنا على سقوط الضمان في الحيوان والرباع ماروي : « ليس على المستعير ضمان » [5] ، ولأنه حيوان وعقار قبضه لا ستيفاء منفعة فلم يضمن تلفه كالعبد المستأجر والدار ، ولأنة [6] مستعار تلف من غير تفريط فلم يضمن كالأجراء ، ودليلنا على وجوب الضمان عليه فيما يغاب عليه أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد ، فإذا لم يعلم [7] تلفه إلا بقوله لزمه الضمان ، فأما إذا قامت به بينة فوجه قوله لاضمان عليه أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له بتلفه فلم يلزمه الضمان كالعبد المحروس [8] ، ووجه قوله أن عليه الضمان فلأن أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله حسماً للباب .

فصل [٢ - في الأعارة لمدة معلومة أو مطلقة] :

إذا أعار شيئاً إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها [9] لأن المدة قد صارت حقاً

---

(١) انظر : المدونة : ٣٦١/٤ ، التفريع : ٢٦٨/٢ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٠٧ .

(٢) انظر : الأم ٢٤٤/٣ ، مختصر المزني ص ١١٦ ، الأقناع ص ١١٤ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني - ٢٠٢/٢ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) أخرجه الدارقطني : ٤١/٣ ، والبيهقي : ٩١/٦ عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيده ابن حسان وهما ضعيفان (نصب الراية : ١١٥/٤) .

(٦) في م : لأنها .

(٧) يعلم : سقطت من م .

(٨) في م : المحرم .

(٩) انظر : التفريع : ٢٦٩/٢ ، الكافي ص ٤٠٨ .

للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع في الهبة ، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها [1] خلافاً للشافعي [2] ، لأن العارية هي هبة المنافع أو تمليكها ، فإن كانت مدة معلومة انحصرت عليها وإلا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدة لأنه لو جاز[3] له أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه .

* * *

(١) انظر : المدونة ٤/ ٣٦٢ ، التفريع : ٢/ ٢٦٨ ، الكافي ص ٤٠٨ .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ١١٦ ، الأقناع ص ١١٤ .

(٣) في ق : جازت .

(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)[1]
كتاب الغصب والتعدي [2]

مسألة [١- فيمن أتلف على غيره شيئاً] :

إذا أتلف على غيره شيئاً ظلماً لزمه بدل ما أتلف [3] لقوله تعالى : ﴿ إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ﴾[4]، وقوله: ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾[5]، وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [6]، وقوله ﷺ : « طعام كطعام وصحفة كصفحة » [7] ، ولأنه أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه فلزمه بدل ما أتلف لأن الأبدال في المتلفات كالقصاص في النفوس، وقال تعالى [8] : ﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ [9] معناه أن القاتل

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) الغصب : في اللغة هو أخذ الشيء ظلماً (الصحاح : ١/ ١٩٤) وهو في الإصطلاح : أخذ مال غير منفعة ظلما قهراً لا لخوف قتال (حدود ابن عرفه ص ٣٥٠) ، أما التعدي : فهو التصرف في الشيء بغير إذن ربه قصد تملكه (حدود ابن عرفة ص٣٥١).

(٣) انظر : المدونة ٤/ ١٧٦ ، التفريع : ٢/ ٢٧٤ ، الرسالة ص ٢٣٢ ، الكافي ص ٤٢٨ .

(٤) سورة الشورى ، الآية : ٤٢ .

(٥) سورة الشورى ، الآية : ٤٠ .

(٦) سورة البقرة ، الآية ١٩٤ .

(٧) القصة في البخاري في المظالم باب إذا كسر قصعة . . . ٣/ ١٠٨ ولفظ الحديث في الترمذي في الأحكام باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء : ٣/ن٦٣١ ، وقال حسن صحيح.

(٨) في م : وقد قال الله تعالى .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ١٧٩ .

أو الجارح إذا علم أنه يُفعل به مثل مافعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وأنزجر خيفة أن يقتص منه فكأن في ذلك حياة للنفوس ، وإلا اجترأ الناس بعضهم (على بعض كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم)[1] على أموال بعض إذ لا بدل يلزمهم .

فصل [٢ - في دفع بدل المتلف] :

(كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم على بعض) [2] ، فإذا ثبت ذلك فعلى المُتلِف دفع بدل المُتلَف إلى صاحبه والبدل نوعان :

مثل من طريق الخلقة والصورة : فهو كل ما يكال ويوزن ، فمن أتلف على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك [3] كالذهب ، والفضة ، والحديد ، والصفر [4] ، والنحاس ، والحنطة ، والشعير وسائر المأكولات ولا تلزمه القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنها ضرب من الحكم والإجتهاد في تعديلها بالمتلف فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه فكان كالاجتهاد مع وجود النص إذ لافائدة فيه .

فأما ما لا يكال ولا يوزن : كالثياب وسائر العروض ، والرقيق ، والحيوان فيلزمه بإتلافه قيمته دون مثله [5] ، خلافاً لمن حكي عنه أنه يلزمه مثله من جنسه[6] ، لقوله ﷺ : « من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في ق : كذلك .

(٤) الصفر : بضم وكسر الصاد - النحاس (المصباح المنير ص ٣٤٢) .

(٥) انظر :المدونة ٤/١٨٢ - ١٨٨ ، التفريع : ٢/٢٧٤ - ٢٧٥ ، الرسالة ص ٢٣٢ ، الكافي ص ٤٢٨ - ٤٢٩ .

(٦) يحكي عن عبد الله بن الحسن العنبري أنه يضمن بمثله من جنسه (انظر المغني : ٥/٢٣٩) .

العبد قوم عليه قيمة [1] العبد فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد » [2] ، والعتق إتلاف ثم أوجب القيمة فيه دون المثل فكان ذلك أصلاً في بابه ، ولأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين ، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله ، والقيمة المعتبرة يوم التعدي والجناية لا يوم الحكم لأن الحكم معلق بذمته بالتعدي لا بالحكم إذا مطالبة الحاكم إنما هي بأمرقد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته .

فصل [٣ - عدم مراعاة ارتفاع الأسواق وانخفاضها في بدل المتلف] :

ولا يراعي ارتفاع الأسواق وانخفاضها كما لا يراعي ذلك في السرقة [3] لأن القيمة متعلقة بالذمة تعلقاً منبرما حين التعدي ولا يؤثر ذلك بغيرها .

فصل [٤ - في أضرب الجنايات] :

الجناية على ضربين : جناية تُبطل يسيراً من المنفعة وجلها من السلعة باق فهذا يجب فيه ما نقص : وذلك بأن تقوم وقت الجناية صحيحة وتقوم بالجناية فيلزم الجاني ما بين القيمتين [4] ، وإنما قلنا ذلك لأن الذي يلزمه بدل مما أتلف والإتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه ، والضرب الآخر جناية تُبطل الغرض المقصود من الشيء والذي له يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة : فهذا يكون صاحبه مخيراً إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يزيده لبعض المنافع فتعدى [5] عليه رجل فيقطع يده أو يعميه [6] فيبطل عليه الغرض الذي له

---

(١) قيمة : سقطت من م .

(٢) أخرجه البخاري في الشركة باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل : ٣/ ١١١ ومسلم في العتق : ٢/ ١١٣٩ .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) انظر : المدونة ٤/ ١٨٢ وما بعدها ، التفريع ٢/ ٢٧٤ - ٢٧٥ ، الرسالة ص ٢٣٢ - ٢٣٣ ، الكافي ص ٤٢٨ - ٤٣٠ .

(٥) في م : فتقدر .

(٦) في م : أو يعميه .

يراد في العادة ، وكذلك المركوب الذى يراد للجمال والركوب يقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل الغرض المقصود منه وإن كان يبقى فيه [1] استعماله في الحمل ونقل التراب أو ما أشبه ذلك ، وقال أبو حنيفة والشافعي [2] : عليه في ذلك مثل ما بين القيمتين [3] ، وإنما قلنا ذلك لأنه قد أتلف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه ضمانه اعتباراً به لو أحرقه أو أتلف جميعه.

مسألة [٥ - في ضمان الشيء المغصوب باليد] :

الشيء المغصوب مضمون باليد فمن غصب شيئاً فقد ضمنه إلى أن يرده : فإن رده كما غصبة سقط عنه الضمان ولزم المالك قبوله ، فإن تلف عنده [4] على أي وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب ، إما بمثله إن كان مما له مثل أو بقيمته إن كان مما لا مثل له أي نوع كان من ذهب أو فضه أو حيوان أو متاع أو عروض أو عقار[5] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن كل ما لا يصح نقله كالضياع والعقار فإن الغاصب لايضمنه (بإخراجه عن يد مالكه إلا بأن يجني هو عليه فيتلف فيضمنه) [6] بالإتلاف [7] ، ودليلنا أن كل معنى [8] يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول كالقبض في البيع ، واعتباراً بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة ، ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به .

---

(١) في ق : معه .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٧ - ١٢٠ ، مختصر المزني ص ١١٧ .

(٣) في ق : في ذلك ما بين القيمتين .

(٤) في م : عمده .

(٥) انظر المدونة ٤/١٨٤ ، التفريع ٢/٢٧٤ - ٢٧٦ ، الرسالة ص ٢٣٢ ، الكافي ص ٤٢٨ .

(٦) ما بين قوسين سقط من ق .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/١٨٩ .

(٨) في (ق) : كل وصي .

فصل [٦ - زوال الضمان بإعادة المغصوب إلى يد مالكه] :

وإنما قلنا إنه إذا رده فلا شيء عليه لأنه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه وترك إمساكه ظلماً وإعادته إلى يد مالكه فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب .

فصل [٧ - إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن وغيره] :

إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة في تعلم صنعة أو زيادة تسوق أو ما أشبه ذلك فإنما (١) للمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجره عليه لما علم من ذلك لأن المالك لم يأذن له ، وليس بعين يمكنه ارتجاعه فلم يكن له شيء فأما إن زاد عنده بسمن أو غيره ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغصب فرده على الحال التي غصبه عليها لزم المالك أخذه ولا ضمان على الغاصب (٢) ، خلافاً للشافعي في قوله إنه يضمن ما نقص عنده فيرد الأرش معه(٣) ، ودليلنا أن من أصلنا أنه ضامن لها يوم الغصب وما طرأ على أبعاضها أو ثمنها (٤) من نقصان أو زيادة فلا حكم له لأنه طاريء على عين مضمونه ، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على الصفة التي غصبت يوجب القبول فوجب سقوط الضمان أصله لو لم تزد عنده (٥) واعتباراً بحوالة الأسواق .

فصل [٨ - إذا رده الغاصب ناقصاً في بدنه عما غصبه عليه] :

إذا رده ناقصاً في بدنه عمَّا غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يرده (٦) ويضمنه القيمة يوم الغصب (٧) ، وإنما قلنا ذلك لأنه متعدى عليه

---

(١) فإنما : سقطت من م .

(٢) انظر : المدونة ١٧٦/٤ ، التفريع : ٢٧٦/٢ - ٢٧٨ ، الكافي ص ٤٢٨ .

(٣) انظر : الأم ٢٤٦/٣ ، مختصر المزني ص ١١٧ ، الإقناع ص ١١٤ - ١١٥ .

(٤) في م : على انقاضها أو بدنها .

(٥) في م : لو لم نرد عينه .

(٦) في م :يسلمه .

(٧) انظر : المدونة ١٧٦/٤ و ١٨٤ ، التفريع : ٢٧٤/٢ - ٢٧٨ ، الرسالة ص ٢٣٢.

والغاصب هو المتعدي فكان أولى بالحمل عليه لقوله تعالى : ﴿ إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ﴾ (١) ، ولأن المعتدى عليه مخير في الأصول لأنه مجنى عليه في ماله (٢) فله أن يقول لا آخذها كسيرة وقد غصبت مني صحيحة ، فإذا ثبت أنه مخير بأن كان أخذها ناقصة فينظر : فإن كان ما حدث بها من النقص بأمر من الله تعالى (٣) لا بفعل من الغاصب فليس للمالك إلا أخذها بغير أرش أو إسلامها وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب ، وإنما قلنا ذلك لأن الغاصب كان ضامناً لها يوم الغصب (٤) فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكم في الضمان لأنه على أصل مضمون فإذا اختار المالك أخذها فقد رضي بعيبها لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة ، فإذا قال أريد الأرش لم يكن له ذلك لأن الغاصب لم يكن ضامناً لما حدث بانفراده وإنما كان ضامناً له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة لها .

فصل [٩ - إذا كانت الجناية على المغصوب بفعل الغاصب] :

فأما إن كانت الجناية بفعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو يفقأ عينها واختار أخذها فهل يجب له أخذ أرش النقص فيه خلاف (٥) : قال ابن القاسم : له ذلك ، وقال سحنون وابن المواز ليس له إلا أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها والرجوع بالقيمة يوم الغصب ، وجه قول ابن القاسم إنه جناية على ملك كالمبتدأة، ولأن المالك متعدى عليه بشيئين بالغصب (وبالجناية فله أخذ الغاصب بأيهما شاء) (٦) ، ووجه قول سحنون وابن المواز إنه ضامن لقيمتها بالغصب،

---

(١) سورة الشورى ، لآية : ٤٢ .

(٢) في م : ملكه .

(٣) تعالى : سقطت من ق .

(٤) لها يوم الغصب : سقطت من م .

(٥) انظر : المدونة : ١٧٨/٤ ، الرسالة ص ٢٣٣ ،الكافي ص ٤٢٨ - ٤٣٠ ، المقدمات ك ٣/ن٤٩١ .

(٦) ما بين قوسين سقط من م .

والجناية الطارئة بعد الضمان لا حكم لها أصله إذا كانت من قبل الله تعالى ، لأن الجناية على النفس آكد وأغلظ من الجناية على الأطراف وقد ثبت أن الغاصب لو قتلها لم يلزمه زيادة على قيمتها يوم الغصب ففي الجناية على الأطراف أولى .

مسألة [١٠ - إذا لم ينتفع بما غصبه من دار أو عبد أوثوب ..] :

إذا غصب دارا أو عبدا أو دابة أو ثوباً فلم ينتفع به بسكنى ولا بركوب أو استخدام أو لبس أو غير ذلك ولا بإكراء ولا أغله فلا شيء عليه ولا يطالب بأجرة المدة التي بقيت غصبا في يده [١] ، وقال الشافعي : تلزمه أجرة المثل للمدة التي قامت في يده [٢] ، ودليلنا أنها منافع لم تستوف من المغصوب فلم يضمنها الغاصب أصله منافع البضع وهو أن يحبس حرة لا يمكنها التزويج وأخذ بدل بضعها حتى مضت مدة من الزمان فإنه لا يضمن مهر مثلها ، ولأنها منافع تلفت في يد الغاصب من غير أن ينتفع بها أو يأخذ لها بد لا فلم يضمنها كبضع الأمة .

فصل [١١ - إذا انتفع الغاصب بالمغصوب بنفسه أو بغيره] :

فأما إذا انتفع الغاصب بالمغصوب إما بنفسه مثل أن يسكن الدار أو يركب الدابة أو يستخدم العبد أو يزرع الأرض ، أو بأن يؤاجر ذلك يأخذ غلته فقد اختلف فيه : ففرق [٣] ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان فقال في الربع إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل ، وإن كان أكراهاً من غيره [٤] لزم غرم ما أكراها به إن كان بقدر أجرة المثل وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة ، وفي الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكراه واغتله ، وقيل لا فرق بين ذلك كله ويرجع المالك عليه بكراء وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم ، وقيل عن مالك[٥] إن المالك لا يرجع بشيء أصلاً لا من أجرة ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما

---

(١) انظر : المدونة ٤/١٨٤ ، الرسالة ص ٢٣٢ ، الكافي ص ٤٣٠ .

(٢) انظر : الأم ٣/٢٤٧ ، مختصر المزني ص ١١٧ .

(٣) في م : فصل .

(٤) من غيره : سقطت من ق .

(٥) في ق : حق ملك .

أكراه في كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها ، وأن المنافع بالضمان [١] .

فوجه التفريق بين الحيوان والرباع أن الحيوان غير مأمون لأن التغير [٢] يسرع إليه والتلف غالباً يجوز عليه فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه قيمته فكان الخراج له وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة في الغالب ، ولأن [٣] الحيوان محتاج إلى نفقة ومؤونة والغاصب لا يرجع بما أنفق عليه فكانت المنافع غير مضمونة عليه [٤] والرباع يرجع بما أنفق فيها أو عمره فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتل .

ووجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين ما أكراه واغتله [٥] في الحيوان والرقيق أن ما أكراه [٦] عوضاً في منافع ملك الغير فكان كالعين القائمة فلزمه ردها ، وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضاً يستحق رده عليه ، ولأنه إن تلف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئاً يغرم منه ، فإن أكراه ثم تلف فقد اعتاض الكراء الذي يغرم [٧] منه .

ووجه القول بأن المنافع غير مضمونة أصلا قوله ﷺ : « الخراج بالضمان»[٨] ، ولأن الغاصب لما كان ضامنا للعين بقيمتها يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكم في الضمان لأنها تابعة للعين ، فأما إن اختار المالك أخذ العين ولا يرجع بشيء أو ضمنه قيمتها يوم الغصب ، ولأن الضمان بالجناية آكد من الضمان بالاستخدام وغيره وقد بينا [٩] أن الغاصب لو جنى على بعض أطراف المغصوب لم يكن

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ١٨٥/٤ ، التفريع : ٢٧٦/٢ ، الرسالة ٢٣٣ ، الكافي ص ٤٣٠ .
(٢) في ق : التغيير .
(٣) في ق : ولا ضمان .
(٤) في م : عليهم .
(٥) في م : ما اكتراه وأغله .
(٦) في م : ما اكتراه .
(٧) في م : يعدم .
(٨) سبق تخريج الحديث .
(٩) في م : وقد ثبت .

لمالك إلا أخذه ناقصاً بالأرش أو إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب فكان بأن لا يرجع في المنافع أولى .

ووجه القول بأنه يرجع عليه في كل ذلك قوله ﷺ : « لا يحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفس منه » [1] ، ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة فلزمه[2] قيمة ما انتفع به أصله إذا ابتدأ الاستخدام والسكنى من غير غصب.

مسألة [١٢ - إذا غصب ساحة فبنى فيها] :

إذا غصب ساحة فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها [3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقلعه [4] ، ولصاحبها القيمة [5] ، لقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [6] ، ولأنها عين اغتصبها فإذا جاز ردها لزمه أصله لو لم يبدأ فيها في البناء ، ولأنه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له غصباً فوجب أن يلزمه رده أصله لو غصب أرضاً لو غصب أرضاً فزرعها .

فصل [١٣ - إذا غصب أرضاً فزرعها] :

إذا غصب أرضاً فزرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها : فإن كان وقت الزرع لم يفت كان للمالك [7] قلع زرعها [8] لقوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق » [9]

---

(١) سبق تخريج الحديث ١١٩٨ .

(٢) في ق : فلزم .

(٣) انظر : المدونة ٤/ ١٩٠ - ١٩١ ، التفريع : ٢/ ٢٧٧ ، الكافي ص ٤٣٢ .

(٤) في م : لا تقلع .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٧ - ١١٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ١٩٢ - ١٩٣ وهذا على خلاف المشهور في المذهب .

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع باب في تضمين العارية : ٣/ ٨٢٢ ، وابن ماجة في الصدقات باب العارية : ٢/ ٨٠٢ ، والترمذي في البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة : ٣/ ٥٥٧ ، وقال حسن صحيح والحاكم : ٢/ ٤٧ وقال هذا حديث صحيح على البخاري .

(٧) انظر : المدونة ٤/ ١٩٠ ، التفريع : ٢/ ٢٧٩ ، الكافي ص ٤٣٠ و ٤٣٢ .

(٨) في ق : زرعه .

(٩) هذا الحديث جزء من حديث « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » الذي سبق تخريجه .

وهذا عرق ظالم ، ولأن منافعها غير مملوكة فليس له شغلها على صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده فيلزم المالك تبقيته [(١)] وأخذ الأجرة ، وإذا كان كذلك كان له قلعه .

فصل [١٤ - إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك بقلعه] :

فأما إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك به إن قلع الزرع ففيها روايتان[(٢)] : إحداهما أن له قلعه ، والأخرى أن ليس له قلعه ويكون على الغاصب أجرة المثل ، فوجه قوله أن يقلعه قوله ﷺ : « وليس لعرق ظالم حق»، واعتباراً به إذا كان وقت الزرع لم يفت . (ووجه قوله ليس له قلعه : انه لا ينتفع بذلك ويضر بالزرع) [(٣)] فكان قصده مجرد الأضرار بالغاصب فلا يترك لذلك والأول أصح .

فصل [١٥ - إذا أراق المسلم على ذمي خمرا] :

إذا أراق على ذمي خمرا فعليه قيمته عند مالك ، وقال عبد الملك لا قيمة عليه[(٤)] ، وهو قول الشافعي [(٥)] ، فوجه قول مالك أنه أتلف عليه ظلما ما يعتقده ملكا له ويعز عليه فلزمه قيمته أصله إذا أتلف عليه ثوباً أو غيره من العروض ، ووجه قول عبد الملك إنه لا قيمة للخمر فلم يلزمه بسوى الأدب بإتلافه ما لم يكن له أن يتولى إتلافه ، كما لو عدى على مرتد فقتله لم تلزمه ولم يكن عليه إلا الأدب بافتياته على الإمام .

فصل [١٦ - حكم من غصب أمة فوطئها] :

إذا غصب أمة فوطئها فإنه زان لأنه وطء عن غصب كوطء الحرة وولده ملكاً لسيده لأن ولد الأمة من غير سيدها تابع لها في الحرية والرق [(٦)] .

---

(١) في ق : بقيمته .

(٢) انظر : المدونة ٤/ ١٩٠ ، التفريع : ٢/ ٢٧٩ ، الكافي ص ٤٣٢ .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) انظر : المدونة : ٤/ ١٩٠ .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ١١٩ ، الأقناع ص ١١٦ .

(٦) انظر : المدونة ٤/ ١٨١ ، التفريع : ٢/ ٢٨٠ ، الكافي ص ٤٣٠ .

فصل [١٧ - إذا أخذ القيمة من الغاصب ثم وجد الشيء المغصوب] :

إذا أخذ القيمة من الغصب ثم وجد الشيء المغصوب فهو للغاصب ولا رجوع للمالك عليه [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لأنه لما أدى القيمة صار ملكاً له لأنه عوض عن رقبته فأشبه الثمن وهذا إذا لم يكن الغاصب أخفاه .

فصل [١٨ - ضمان فتح قفص عن طائر فطار] :

إذا فتح قفصاً عن طائر فطار ضمنه طار عقيب الفتح أو بعد مهلة [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٤] ، لأن سبب إتلافه الفتح لأن بالفتح خرج من القفص ولولاه لم يكن له سبيل إليه فإذا ثبت أن فتحه سبب لا تلافه لزمه ضمانه.

* * *

---

(١) انظر : التفريع ٢/٢٧٩ ، الكافي ص ٤٣٣ .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ١١٨ - ١١٩ ، المهذب : ١/٣٦٧ .

(٣) انظر : التاج والإكليل - للمواق - بهامش مواهب الجليل : ٥/٢٧٨ .

(٤) انظر : مختصر المزنى ص ١١٨ ، المهذب : ١/٣٧٤ .

باب : الاستحقاق [1]

إذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل فقد اختلف قوله في أخذها فعنه في ذلك روايتان [2] : إحداهما أن المستحق يأخذها ، والأخرى أن ليس له أخذها وله قيمتها .

فوجه قوله إن له أخذها لأنها باقية على ملكه واستيلاد الغير إياها [3] لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها [4] حرمة الاستيلاد لأن ذلك إنما يكون بفعل من السيد ، وأما على وجه صنع له فيه فلا ، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يثبت لها حرمة الاستيلاد أصله إذا ولدت من نكاح ولأن اعتقاد الوطء استباحة وطئها بالملك كاعتقاده ذلك في النكاح وقد ثبت أنه لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة ووطئها فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك في البيع .

ووجه قوله إنه ليس له أخذها فلأنه واطيء بشبهة ملك وشبهة كل عقد مردود إلى صحيحه ، وإذا ثبت أنه ليس له أخذها فله القيمة وتكون يوم فاتت بالوطء كما تكون على الغاصب يوم الغصب ، وإن لم يختر [5] أخذ الثمن ولا أخذها واختار الثمن الذي باعها به الغاصب فله ذلك لأنه متعدى عليه والخيار له ، فإذا قلنا له أخذها أو ليس له أخذها فإن الولد لا يأخذه بحال لأن الأب [6] دخل

---

(1) الاستحقاق : في اللغة إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق ، وفي الاصطلاح : رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض (حدود ابن عرفه - مع شرح الرصاع - ٣٥٣) .

(2) انظر : المدونة ١٩١/٤ ، التفريع : ٢٨٢/٢ ، الكافي ص ٤٣٣ ، المقدمات : ٥٠٣/٢ .

(3) في م : لها .

(4) في م : له .

(5) في م : لم يجبر .

(6) الأب : سقطت من ق .

على أنه وطء ملكه وإن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم فأما أخذ قيمتهم من الأب ففيه خلاف :

فوجه أخذها أن الأصل أن ولد أمته ملك له إلا أنه منع ذلك لحرمة الاستيلاد الثابت بالشبهة فكان له الرجوع بالقيمة على الأب لأنه سبب يمنع [1] أخذ السيد لهم ، ووجه نفي أخذها أنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت القيمة عليه للأم وثبوت حرمتها فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل ، وإذا وجدها قد ولدت من غاصب فإنه يأخذها لأن حرمة الاستيلاد لا تثبت لها ويأخذ الولد لأنهم ملك له لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار والواطيء زان إذا وطء على الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد وقد بيناه .

فصل [٢ - إذا غرَّت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة] :

فأما إذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فللسيد أخذها لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه ، وله أخذ قيمة الولد ممن أخذه [2] لأنه سبب زوال السيد عنهم - لأنه دخل على أن يكونوا أحرارا بما غرته من نفسها ، وهذا إذا كان الواطيء أجنبياً أو ممن لا يعتق ولده على رجوع له بقيمة الولد على الواطيء [3] خلافاً لمن يقول إن له القيمة [4] لأن الولد إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز ، والقيمة تكون يوم الحكم لأن ذلك وقت استحقاقها ، ويرجع الأب بالصداق على من غره لأن العوض لم يسلم [5] له ولا يرجع بقيمة الولد [6] إذا أخذت منه على من غره لأن الغرر [7] لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع .

---

(١) في ق : منه .

(٢) في م : الأب .

(٣) انظر : المدونة ١٩٧/٤ ، التفريع ٢٨٣/٢ ، الكافي ص ٤٣٣ .

(٤) هو رواية عن الإمام أحمد واختاره الخرقي انظر مختصر الخرقي ص ٩٤ ، المغني : ٥٢١١٦ - ٥٢٢) .

(٥) في ق : لو يعلم .

(٦) في ق : بالقيمة .

(٧) في م : الغرور .

مسألة [٢ - من أحيا مواتاً أو ابتاع خراباً فعمرها ثم جاء مستحق لها] :

من أحيا مواتاً أو ابتاع خراباً فعمرها ثم جاء مستحق : فإنه يأخذ ملكه إن أحب بعد دفع قيمة العمارة قائمة ، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه فإن لم يختر المستحق ذلك قيل للثاني ادفع إليه قيمة أرضه براحاً وتكون لك فإن أبي كاناً شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة وقيمة العمارة قائمة (١) .

وإنما قلنا إن المستحق يبدأ بالخيار لأنه أقوى سبباً لكون الأرض له والمشترى أو المحيي عمر في شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدما عليه ، وإنما قلنا يعطيه قيمة البناء قائما لأنه لم يتعد في البناء فيه فيطالب بالقلع ، وإنما دخل على أنه يبني في ملكه فلم يكن ظالماً بل كان لبنائه حرمه .

وإنما قلنا إنه إذا بذل القيمة لزم الثاني أخذها لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة ، وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق .

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثاني إذا أبى (٢) المستحق ليزول الضرر عنهما فيقال للباني (٣) ادفع إليه قيمة براحه فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجُبر على أخذه لأن الباني (٤) يقول لست أختار أن يكون لي بناء في ملك غيري فيكون له ذلك .

وإنما قلنا إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له ، وليس إلا الاجبار أو البقاء على الشركة .

---

(١) انظر : المدونة ١٩٣/٤ - ١٩٥ ، التفريع : ٢٨٢/٢ ، المقدمات : ٥٠٧/٢ - ٥٠٩ .

(٢) في ق : أفاء .

(٣) في م : الثاني .

(٤) في م : الثانى .

فصل [٣ - في الاستحقاق من يد غاصب] :

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير : إن شاء قلع بناءه وغرسه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً بعد طرح أجرة القلع [١] .

وإنما وجب ذلك لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه [٢] عرق ظالم فكان لرب الأرض قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعاً إن اختار ، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالي ولا أريد قيمته لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضي بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها وإحواجي [٣] إلى عمارتها فيكون ذلك له ، وإنما قلنا إنه يدفع إليه قيمته مقلوعاً لأن تبقيته غير مستحقة عليه ، لأن القيمة في هذا الموضع بدل عن العين للغراس والبناء فلما كان للغاصب أخذه نقضاً وخشباً كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه ، وإنما قلنا يحط عنه أجرة القلع لأن قلعه مستحق على الغاصب لأن [٤] عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة وليس للغاصب قيمة ما لا له إن قلع[٥] ولا قلعه مثل الجص الذي لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزاويق وما أشبة ذلك لأن قلع ذلك إضرار برب الأرض ويعور أرضه من غير نفع يحصل للغاصب فلم يكن منه ، ولا معتبر لقوله إن هذا غير شيئي فلي أخذه لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار غيره فلا يمكّن منه والله أعلم وأحكم [٦] .

* * *

---

(١) انظر : المدونة ٤/ ١٨٤ و ١٩٠ ، التفريع : ٢/ ٢٧٩ ، الرسالة ص ٢٣٢ - ١٣٣، الكافي ص ٤٣٢ .

(٢) لأنه : سقطت من م .

(٣) في م : باتجزاءها واحراجي .

(٤) على الغاصب لأن : سقطت من ق .

(٥) نفي م : نان قلعه .

(٦) أحكم : سقطت من م .



(بسم الله الرحمن الحيم صلى الله على محمد) (١)
كتاب الحوالة (٢)

لا خلاف في جواز (٣) الحوالة (٤) ، والأصل فيه قوله ﷺ : « إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع » (٥) ، وهي في الحقيقة بيع الدين بالدين لأن المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان عليه ، واستثنيت من الكاليء بالكاليء وهو الدين بالدين لأن المقصود بيع الرطب بالتمر في نظائر لذلك .

مسألة [١ - شروط الحوالة] :

إذا أحالك غريمك بدينك الذي لك عليه على من له عليه دين لم يلزمك ذلك إلا برضاك : فإن رضيت باتباعه تحول حقك وبرئت ذمة غريمك المحيل ، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه ولا رجوع لك على من أحالك إن فات من أحلت عليه أو غاب أو أفلس إلا أن يكون غريمك علم منه حين أحالك عليه إفلاساً فقد غرك ولم يعلمك فيكون لك الرجوع على غريمك (٦) .

---

(١) ما بين قوسين سقطت من م .

(٢) الحوالة : في اللغة الاحالة أو التحويل ، وفي الاصطلاح طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى . (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص ٣١٦) وسيأتي تعريف المصنف للحوالة قريباً في النص .

(٣) في م : في جوازها .

(٤) انظر : الاجماع - لابن المنذر - ١٢٥ ،المغني : ٥٧٦/٤ ، فتح الباري : ٣٦٧٦/٤ .

(٥) أخرجه البخاري في الحوالة باب الحوالة : ٥٥/٣ ، ومسلم في المساقاة باب تحريم مطل الغنى : ١١٩٧/٣ .

(٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ١٤٨/٤ ، التفريع : ٢٨٨/٢ ، الكافي ص ٤٠١ ، المقدمات : ٤٠٣/٢ .

وإنما شرطنا رضا صاحب الدين بالحوالة ، خلافاً لدواد في قوله أنه يلزمه قبول الحوالة شاء أم أبى (١) ، لأن صاحب الدين رضي بذمة غريمه دون غيرها فلا يلزمه الانتقال إلى ذمة لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى ، ولأنه حق تعلق بذمته فلم يجبر على نقله إلى شيء آخر كما لا يجبر على نقله إلى شيء آخر(٢).

وإنما شرطنا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين لأنه إن لم يكن له عليه دين كانت حمالة لا حوالة لأن حقيقة الحوالة : بيع الدين الذي على المحال بالدين الذي للمحيل ، وتحول الحق من ذمة (٣) إلى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل الحوالة به .

وإنما قلنا إن ذمة المحيل تبرأ إذا رضي صاحب الدين بالحوالة ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن له الرجوع إن مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق (٤) ، لقوله ﷺ : « إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع » (٥) فأطلق ، ولأنها حوالة برأت ذمة المحيل بها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها أصله إذا لم تتغير حاله، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم منع رجوع المحال على المحيل أصله ما ذكرناه ، ولأن الحوالة بمنزلة الأبراء ، والقبض لأن المطالبة بالدين تسقط معها والاعتبار حادث بعد القبض فلا رجوع للمحال به .

وإنما قلنا إذا غره كان له الرجوع ، خلافا للشافعي في قوله لا رجوع له (٦) ، لقوله ﷺ : « وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع » (٧) وهذا غير مليء ، ولأن

---

(١) انظر : المحلى ٨/ ٥٢٠ ، بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية : ٨/ ١١٤ .

(٢) في م : كما على يجبر على بقاء إلى شيء آخر .

(٣) في ق : ذمته .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٣ - ١٠٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ٢/ ١٦١ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) انظر : الأم ٣/ ٢٢٩ ، مختصر المزني ص ١٠٧ ، الاقناع ص ١٠٧ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

المحال إنما أبرأ المحيل على شرط وهو علمه بسلامة ذمة من يحمله [1] عليه ، وإذا غره كان له الرجوع لأنه قصد إتلاف ماله .

وإنما قلنا إن رضا من يحال عليه غير معتبر ، خلافاً لداود في قوله لا تلزمه حوالة صاحب الدين لغيره إلا برضاه [2] ، لقوله ﷺ : « وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع » [3] ولم يشرط رضاه ، ولأن الحق هو للمالك [4] له أن يملكه من شاء وينقله إلى ملك من يختاره وكسائر الحقوق .

* * *

(١) في م : يحال .

(٢) انظر : المحلي ٨/ ٥٢٠ ، بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/ ١١٤ .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٢٢٧ .

(٤) في ق : لمالكه .

باب : الحمالة [1]

الأصل في جواز الحمالة [2] قوله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ [3] ، وقوله ﷺ « الزعيم غارم » [4] ، ولأنها وثيقة بالحق كالرهن ، ولا خلاف في جوازها [5] ، ولها عبارات هي الحمالة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد .

فصل [١ - فيما تجوز فيه الحمالة] :

وهي جائزة بكل حق يكمن استيفاؤه من الضامن [6] لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق للذي عليه ، ولا يجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز .

فصل [٢ - الكفالة بالوجه] :

الكفالة بالوجه [7] جائزة [8] خلافاً للشافعي [9] ، لأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى ماله على طريق الوثيقة كالوثيقة بالمال ، ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر ، وإذا ثبت أن ذلك عليه

---

(١) الحمالة : الحمل والحمالة في اللغة بمعنى واحد لأنهما جميعاً مصدر ان من حمل حملاً وحمالة ، وفي الاصطلاح الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له (المقدمات : ٢/٣٧٦ ، حدود ابن عرفة ص ٣١٩) .

(٢) في م : جوازها .

(٣) سورة يوسف ، الآية : ٧٢ .

(٤) هو جزء من حديث « العارية مؤداة » الذي سبق تخريجه ص ١٢٠٨ .

(٥) انظر : الاجماع - لابن المنذر - ١٢٥ ، المغني : ٤/ ٥٩٠ ، بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية : ٨/ ٩٩ .

(٦) في ق : من الضمان .

(٧) وهو أن يتكفل بوجه رجل يأت به .

(٨) انظر : المدونة ٤/ ١٢٩ ، التفريع : ٢/ ٢٨٧ن ، الكافي ص ٣٩٨ .

(٩) انظر الأم ٣/ ٢٢٩ ، الاقناع ص ١٠٢ .

صح أن يضمن عنه ، ولا يلزم عليه الحدود ولا [1] يقال إن عليه أن يحضر ويقتل أو يحد [1] .

فصل [٣ - متى يبرأ في الكفالة بالوجه] :

إذا ثبت جواز الكفالة بالوجه : فإن جاء الكفيل بالمتكفل به فقد بريء ، وإن لم يأت به غرم ما عليه ، لقوله ﷺ [3] : « الزعيم غارم [4] » لأن الفائدة في الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم بدليل امتناع الكفالة [5] في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها ، وسواء شرط ذلك عليه [6] أم لا في أنه يكون ضامناً للمال [7] إلا أن يشترط أني متكفل بوجهه ، فإن هرب لم يكن علي من المال الذي عليه شيء فلم يلزمه حينئذ بشرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفرط فيلزمه بتفريطه لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره ، ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق لأنه لا صنع له في موته فينسب إلى تفريط .

فصل [٤ - الضمان لا يبريء ذمة المضمون عنه] :

الضمان لا يبريء ذمة المضمون عنه [8] ، خلافاً لابن أبي ليلي [9] لقوله

---

(١) في م : ولأنه لا .

(٢) في م : وليقيل أو ليحد .

(٣) ﷺ : سقطت من م .

(٤) سبق تخريج الحديث ص ١٢٠٨ .

(٥) في م : الحمالة .

(٦) عليه : سقطت من ق .

(٧) للمال : سقطت من ق .

(٨) انظر : التفريع ٢/٢٨٦ ، الكافي ص ٣٩٨ - ٣٩٩ .

(٩) انظر مختصر الطحاوي ص ١٠٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٦٠ .

ﷺ : « نفس المؤمن مرتهنة بدينة متى يقضى عنه » [1] ، ولأن الضمان مأخوذ من الضمن وهو شغل ذمة أخرى بالحق بخلاف الحوالة التي هي مأخوذة من تحول الحق ، ولأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن .

فصل [٥ - فيما تصح فيه الحمالة] :

يصح [2] في المعلوم والمجهول [3] خلافاً للشافعي [4] ، لقوله ﷺ : «الزعيم غارم » [5] ولم يفرق ، ولأنه تطوع بإلزام نفسه مالم [6] يكن يلزمه على وجه المعروف فجاز كالنذر [7] .

فصل [٦ - جواز الضمان عن الميت] :

الضمان عن الميت جائز إذا خلَّف [8] وفاء من غير خلافاً ، ويجوز عندنا أن يضمن عنه وإن لم يخلف وفاء [9] ، خلافاً لأبي حنيفة [10] ، لحديث أبي قتادة[11] في الرجل الذي مات وعليه ديناران فامتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه

---

(١) أخرجه ابن ماجة في الصدقات باب التشديد في الدين : ٢/ ٨٠٦ ، والترمذي في الجنائز باب ما جاء أن النبي ﷺ أنه قال : « نفس المؤمن . . . » ٣/ ٣٨٠ ، وقال حسن ، والحاكم : ٢/ ٢٦ ، وقال صحيح على شرط الشيخين .

(٢) يقصد الضمان أنه يصح في المعلوم والمجهول .

(٣) انظر : التفريع ٢/ ٢٨٥ ، الكافي ص ٣٩٨ ، المقدمات : ٢/ ٣٧٦ .

(٤) انظر : الأم ٣/ ٢٢٩ ، الاقناع ص ١٠٢ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٢٠٨ .

(٦) في م : شيئاً .

(٧) في م : كالبدر .

(٨) في م : خاف .

(٩) انظر : المدونة ٤/ ١٣١ - ١٣٢ ، المقدمات : ٢/ ٣٧٨ .

(١٠) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٥٩ .

(١١) أبو قتادة : الأنصاري هو الحارث ويقال عمرو أو النعمان بن ربعي بن بلدمه السلمي المدني ، شهد أحدا وما بعدها ولم يصح شهوده بدراً ومات سنة أربع وخمسين (تقريب التهذيب ص ٦٦٦) .

فلما ضمنها أبو قتادة صلى عليه [1] ، لأن كل دين لو كان به وفاء صح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن به وفاء أصله الضمان عن الحي .

فصل [٧ - براءة ضمين المال ومطالبة الكفالة] :

لا يبرأ ضمين المال إلا أن يحضر وجه المتكفل به لأن التكفل يغير وجهه [2] والبراءة إنما تكون بخروجه مما تكفل به ، واختلف عنه في مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم فعنه في ذلك ثلاث روايات [3] : إحداها أن له ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي [4] ، والأخرى أن ليس له مطالبة الكفيل إلا أن يتعذر أخذ الحق من الغريم وهو قول عبد الملك ، والثالثة أنه ابتدأ بمال الغريم فإن وفي لم تكن له مطالبة الكفيل ، فإن عجز أخذ باقي الحق من مال [5] الكفيل ، وهذا على التحقيق ليس برواية ثالثة وإنما رجوع إلى الثانية .

فوجه الأولى قوله ﷺ : « الزعيم غارم » [6] ولم يفرق ، ولأنها حال ضمان كحال إفلاس الغريم ، ولأن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل .

ووجه الثانية ما احتج به أحمد بن المعذل وهو الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى [7] والهلاك ، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة فإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذي عليه دخل الضامن.

---

(١) أخرجه البخاري في الحوالة باب إن أحال دين الميت على رجل جاز : ٣/ ٥٥ .

(٢) في ق : وجه .

(٣) انظر : المدونة ٤/ ١٣٦ و ١٣٩ ، التفريع : ٢/ ٢٨٦ ، الكافي ص ٣٩٩ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٢ - ١٠٣ ، الأم ٣/ ٢٢٩ .

(٥) مال : سقطت من ق .

(٦) سبق تخريج الحديث ص ١٢٠٨ .

(٧) التوى : الهلاك (المصباح المنير ص ٧٩) .

فأما الثالثة فمرتبة على ذلك وذلك أنه يبدأ بمال الغريم لأنه أحق بالمطالبة فإن وفي به سقط عن الضمين ، وإن عجز تمم من مال الضمين لأن استيفاءه متعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان .

فصل [٨ - في موت الضمين دون حلول الحق] :

وإذا مات الضمين دون حلول الحق [١] ففيها روايتان [٢] : إحداهما أن المال يؤخذ من تركة الضمين فيدفع إلى صاحب الدين ويرجع به ورثة الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله ، والثانية أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الأجل فإن [٣] أمكنه أخذه من الغريم رد على ورثته الضمين ، وإن تعذر ذلك أخذ حينئذ من مال الضمين ، والأولى مخرجة على أن له أن يطالب في حلول الحق أيهما شاء لأن موت الضمين يحل الحق عليه ، والثانية مبنية على أنه ليس له مطالبة الضمين إلا أن يتعذر أخذه من الغريم ، وإنما يعزل لئلا يتلفه الورثة .

فصل [٩ - بطلان الحمالة بالكتابة] :

الحمالة بالكتابة لا تصح [٤] لأنها ليست بدين ثابت مستقر ، ولأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة .

فصل [١٠ - إذا قال : له داين فلاناً وأنا ضامن] :

وإن قال : لرجل داين فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله [٥] وذلك مبني على ثلاثة أصول : أحدها أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه وقد ذكرناه في الرهن ،

---

(١) في م : قبل حلول أجل الحق .

(٢) انظر : المدونة ٤/ ١٣١ ، التفريع : ٢/ن٢٨٦ ، الكافي ص ٣٩٩ .

(٣) في ق : المدة .

(٤) انظر : المدونة ٤/ ١٣٩ ، التفريع : ٢/ ٢٨٥ ، الكافي ص ٣٩٨ .

(٥) انظر : المدونة ٤/ ١٣٣ ، الكافي ص ٣٩٩ .

والثاني أن ضمان المجهول جائز وقد قدمناه ، والثالث أن الاطلاق في مثل ذلك[1] محمول على العادة دون ما يخرج عنها .

* * *

(١) في ق : مثل في ذلك .



(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله عليه وسلم)[1]

كتاب الوكالة [2]

تصح الوكالة من الحاضر والغائب والرجل والمرأة [3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنها لا تصح إلا من غائب أو مريض أو امرأة غير برزة [4] ، لأن عليارضي الله عنه وكل عقيلا [5] وقال : هذا عقيل ماقضي عليه فعلي وما قضي له فلي [6] ولم ينكر ذلك أحد ، ولأن كل وكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور أصله توكيل المريض ، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه [7] صحت وإن لم يرض كوكالة الغائب والمرأة غير البرزة .

فصل [١ - عدم افتقار التوكيل إلى حضور الخصم] :

لا يفتقر التوكيل إلى حضور الخصم ، وكذلك إثبات الوكالة عند الحاكم [8] خلافاً ، لأبي حنيفة في منعه ذلك إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر مثل أن يدعي

---

(١) ما بين قوسين من لم .

(٢) الوكالة : قال ابن فارس : الواو والكاف واللام : أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك (معجم مقاييس الغة : ١٣٦/٦) ، وفي الاصطلاح : نيابة ذي حق غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته ـ(حدود ابن عرفه ص ٣٢٧) .

(٣) انظر : المدونة ٣/ ٢٦٥ ، التفريع : ٣١٦/٢ ، الكافي ص ٣٩٤ .

(٤) مختصر الطحاوي ص ١٠٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٣٩/٢ .

(٥) عقيل بن أبي طالب : أخو علي وجعفر وكان الأسن ، صحابي عالم بالنسب مات سنة ستين وقيل بعدها (تقريب التهذيب ص ٣٩٦) .

(٦) أخرجه البيهقي : ٨١/٦ .

(٧) عليه : سقطت من م .

(٨) انظر : التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ص ٣٩٤ .

على جماعة فيحضروا واحداً منهم ويغيب الباقون [1] ، لأنه توكيل في استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل عليه أصله إذا وكله على جماعة فحضر واحد وغاب الباقون ، ولأنها استنابة فيما تصح فيه النيابة لم يفتقر إلى حضور الغير كالتوكيل في البيع .

فصل [٢ - فيما تجوز فيه الوكالة] :

الوكالة جائزة في كل الحقوق التي تصح فيها النيابة من البيع والشراء ، والاجارة ، وعقد النكاح ، والطلاق ، واقتضاء الدين [2] وقضائه ، وخصومة الخصم ، وتزويج الولي [3] وغير ذلك مما يجري مجراه [4] .

فصل [٣ - إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه] :

إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه [5] : فإن كان بثمن مثله جاز [6] وقال الشافعي لا يجوز [7] ، وكذلك عندنا للوصي والأب أما الدلالة على جواز ذلك للوصي وللأب فلقوله تعالى : ﴿ ويسئلونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير ﴾ [8] ، ولأنه إنما أقيم للنظر في مال من يلي عليه فإن كان الذي يشتريه بزيادة فذلك أحظ لليتيم وأسوأ أحواله أن يكون كالأجنبي ، وأما الوكيل فلأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشترين ولأن ذلك هو المقصود فيجب بحصوله أن يصح .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/١٣٩ .

(٢) في م : الديون .

(٣) في م : الولية .

(٤) انظر : التفريع ٢/٣١٥ - ٣١٦ ، الكافي ص ٣٩٤ .

(٥) في م : بيعه .

(٦) انظر : المدونة ٣/ ٣٦٥ - ٣٧٠ ، التفريع : ٢/٣١٨ ، الكافي ص ٣٩٦ .

(٧) انظر : مختصر المزني ص ١١١ ، الإقناع ص ١١٢ - ١١٣ .

(٨) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٠ .

فصل [٤ - فيما يجوز للوكيل وكالة مطلقة من بيعه] :

إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له أن يبيع إلا بثمن مثله نقداً بنقد ذلك البلد ، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاه ، وكذلك لو وكله في شراء شيء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بثمن مثله [1] ، وقال أبو حنيفة : يجوز في البيع أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وبنقصان من ثمن المثل أو بما لا يتغابن الناس بمثله [2] ، ووافقنا فيه إذا وكله بشراء عبد أنه ليس له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل .

فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا [3] يتغابن الناس بمثله أنه توكيل في مساومة[4] فلم يجز فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل في الشراء ، ولأن المحاباة في حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث ، وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشئ الذي وكل فيه وكذلك لايملك المحاباة فيه ، ودليلنا على أنه لا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد أن التوكيل [5] إنما كان في بيع مطلق والبيع في الشرع يقتضي النقد بنقد البلد : كما لو قال رجل بعني هذا الثوب بمائة درهم فقال بعتكه لكان هذا الإطلاق يقتضي التعجيل بنقد البلد ، إنما قلنا إنه يكون بالخيار لأن من باع ملك [6] غيره أو وهبه وقف على إجازته وقد ذكرناه في البيوع .

---

(١) انظر : التفريع ٣١٧/٢ ، الكافي ص ٣٩٤ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٤٧/٢ .

(٣) في ق : إلا بما لا .

(٤) في م : مفاوضة .

(٥) في م : أو للوكيل .

(٦) في م : ملكه .

فصل [٥ - إذا وكله في قبض دين له على رجل] :

إذا وكله في قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدَّق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم على دفع الشيء إلى الوكيل [(١)] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه يجبر إذا كان الحق في الذمة ولا يجبر إذا كان في غير ذمته [(٢)] ، ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود ، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الدين [(٣)] لو جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية ، وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع ، وتحريره أن يقال : كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبي ، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزم بحكم ذلك الإقرار تسليم ما في يده إلى الوكيل اعتباراً بما في يده من العين.

فصل [٦ - إذا دفع الدين إلى من يعترف بأنه وكيل] :

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع إلى من يعترف بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فلو [(٤)] اعترف له صاحب الحق فقد بريء وإن أنكر الوكالة وأقر قبض الحق بريء الغريم [(٥)] أيضاً لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط في الإبراء ، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق بقبضه لبريء الغريم فإن أقر صاحب الحق [(٦)] بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الدين [(٧)] إلى

---

(١) انظر : التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٥١/٢ .

(٣) في ق : العين .

(٤) في م : فإن .

(٥) انظر : التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(٦) في م : صاحب الدين .

(٧) في م : الحق .

الوكيل لم يلتفت إلى أقوال الوكيل بالقبض وإنكاره ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل ، فإن لم يقم بينة غرم في ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذي أتلف ماله لأنه حين دفعه إلى من يُبْرأ بالدفع إليه وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره ، وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية وله إحلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله فإن ادعي الوكيل [1] أنه دفع المال إليه ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك ، ولا يحتاج إلى إقامة بينة على الدفع إلى الوكيل لأن البينة قد شهدت بقبض صاحب الحق (بحقه فإن ادعي الدفع إلى صاحب الحق) [2] بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بيناه .

فصل [٧ - في كون الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله] :

الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله : فإن ادعي رد ما [3] أودعه أو أسلمه إليه ليشتري به أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان صدق مع يمينه ، فإن وكله بقبض دين وادعي أنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل : فإن ثبت قبضه إياه ببينة من الغريم [4] صدق في الضياع وفي إقباض الموكل ، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم فالدين باق [5] على الغريم لا يبرأ إلا ببينة على دفعه إلى الوكيل على ما بيناه ، ولو وكله على أن يقبض [6] عنه دينا لم يكن له أن يدفعه إلا ببينة فإن دفعه بغير بينة لم يبرأ الوكيل

---

(١) في م : وكيله .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في م : رد مال .

(٤) في ق : الذي .

(٥) باق : سقطت من ق .

(٦) في م : بأن يقبض له .

إن جحد صاحب الحق [١] ويغرم الوكيل لأنه أتلف على الموكل ماله بترك التوثق، وعليه أنه لا يبرأ [٢] بذلك وليس له أن يتلف ماله ، وكذلك الوصي يقضي غرم الميت [٣] بغير بينة فهو ضامن لأنه أتلف ذلك على الأصاغر [٤] .

فصل [٨ - في حكم عقد الوكالة] :

الوكالة عقد جائز وليس من العقود اللازمة ، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أي وقت شاء من غير اعتبار برضاً الآخر ولا خلاف أن الموكل له عزل الوكيل حضر الوكيل أم غاب ، وكذلك للوكيل عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل وغيبته ، خلافاً لأبى حنيفة في قوله ليس ذلك للوكيل إلا مع حضور الموكل [٥] ، لأنه عقد [٦] لا يفتقر إلى شخص فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق والعتاق [٧] بعكسه البيع ، ولأنه أحد متعاقدي الوكالة فلم يقف فسخه على حضور الآخر كالموكل .

فصل [٩ - إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له] :

إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن ما أتلفه [٨] له لتعديه ، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء مما كان

---

(١) في م : الدين .

(٢) في م : وعمله أنه يبرأ .

(٣) غرم الميت : سقطت من ق .

(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٣/٢٦٥ ، التفريع : ٢/٣١٦ - ٣١٧ ، الكافي ص ٣٩٥ - ٣٩٧ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ١٠٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/١٤٥ .

(٦) في م : دفع حق .

(٧) في م : الفراق .

(٨) في ق : ما أتلف .

يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل : فإن فعل ذلك لم يبرأه وضمن من نغير اعتباراً بعلم الوكيل ، فأما إذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه : فقال ابن القاسم تصرفه مردود ، وقال غيره من أصحابنا تصرفه صحيح [1] ، فدليلنا على البطلان أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم الوكيل بموجبه [2] وجهله أصله الموت .

فصل [١٠ - إذا وكله في شراء جارية أو ثوب أو عبد ولم يصفه له] :

إذا وكله في شراء جارية للوطء أو الخدمة أو تزويج أو شراء ثوب أو عبد لم يصفه له جاز ، ويلزمه [3] من ذلك ما يشبه دون مالم يشبه [4] لأن إطلاق الوكالة يقتضي ما يشبه ، فإذا ادعي غيره لم يقبل منه لأنه خلاف العرف كما لو ادعي في بيع سلعة أنه وكله في بيعها بما لا [5] يتغابن الناس بمثله لم يصدق لأنه خلاف العرف .

* * *

---

(١) انظر : التفريع ٣١٧/٢ ، الكافي ص ٣٩٥ .

(٢) بموجبه: سقطت من م .

(٣) في م : لزمه .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٥/٣ - ٢٦٧ ، التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ص ٣٩٦ .

(٥) لا : سقطت من ق .



(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)[1]

كتاب الأقرار[2]

إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه اختلف أصحابنا [3] فيه : فمنهم من قال يرجع في تفسيره إليه فيلزمه قدر ما يقربه من قليل أو كثير ولو قيراط أو حبة وهو قول الشافعي [4] ، ومنهم من قال يجيء على أصول مالك أن يلزمه ربع دينار إن كان من أهل الذهب وثلاثة دارهم إن كان من أهل الورق ، وذكر عن ابن المواز أنه يلزمه عشرون دينارا إن كان من أهل الذهب أو مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وقال : بعض أصحابنا ويجيء على هذا أن يلزمه إن كان من أهل الأبل والبقر والغنم أول نصاب منهما .

فوجه القول بنفي التقدير قوله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾ [5] ، وقوله : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ [6] ولا خلاف أن هذا ينتظم القليل والكثير ، ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة فوجب أن يلزم الأسم لقليله وكثيره .

ووجه القول بمراعاة نصاب القطع إنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره ولا يجب نفيه لنفي المقرو وجدناً المقادير تعلم من

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) الأقرار : في اللغة الاعتراف (الصحاح ٢/ ٧٩٠) ، وفي الاصطلاح : خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع - ٣٣٢) .

(٣) انظر : الكافي ص ٤٥٧ - ٤٦٠ ، مواهب الجليل : ١٧/٥ .

(٤) انظر : الأم : ٢٣٧/٣ ، مختصر المزني ص ١١٣ ، الأقناع ص ١٩٩ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ١٠ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٥ .

ثلاثة أوجه : إما لغة ، أو شرعاً ، أو عادة وقد انتفت من طريق اللغة والعادة وثبتت من طريق الشرع في مواضع منها نصاب الزكاة ، ومنها تقدير المهور ، والقطع فأخذنا بأقل المقادير لأنه المتيقن وأول مايتناوله الأسم ، ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن اسم المال لما كان لا يكفي فيه الجنس ووجدنا العادة تمنع إطلاق الإسلام على ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهي أن تكن [1] فيها تقدير فإنها لا تثبت الإسم إلا في حد من الكثرة فكان أولى المقادير ما اتفق عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفضيل وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً .

فصل [١ - إذا أقر بمال عظيم أو كثير] :

إذا أقر بمال عظيم أو كثير : فمن أصحابنا من قال : هو بمنزلة مال على التحديد ويرجع في تفسيره إليه [2] وهو قول الشافعي [3] ، ومنهم من قال : ثلاثة دراهم أو ربع دينار ، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة ، ويحتمل عندي قولين زائدين على هذا أحدهما : ألف دينار وهو قدر الدية ، والآخر مازاد على نصاب الزكاة .

فوجه القول بأنه لا حد في ذلك أن وصف الشيء بالعظم لا يفيد حدا لأنه يختلف بإضافته إلى ما دونه وإلى ما فوقه وإذا كان كذلك لم يكن هاهنا طريق بتقديره فوجب الرجوع إلى تفسيره .

ووجه اعتبار نصاب القطع أنه قد ثبت أن وصفه بالعظيم يقتضي صفة زائدة على الاسم لأن قوله [4] عظيم يفيد ثبوت زيادة [5] على مادونه ، ومتى رجعنا في تفسيره إليه ففسره بأقل ما يقع عليه اسم المال مثل حبة وقيراط لم يستحق

---

(١) في ق : أن لم يكن .

(٢) انظر : مواهب الجليل ٥/٢١٨ - ٢١٩ .

(٣) انظر : الأم ٣/٢٣٧ ، الاقناع ص ١٩٩ .

(٤) في م : قولنا .

(٥) في م : عند زيادة .

الاسم لأنه ليس دون لكون هو أعظم منه ،فإذا ثبت ذلك وجب تقديره بزيادة عليه وقد ثبت اسم العظم لما يقطع فيه اليد ويستباح به البضع في مواضع منها قوله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ (١) يريد المهر (٢) ، وقول عائشة رضي الله عنها : كان رسول الله ﷺ لا يقطع في التافه وكان يقطع في ربع الدينار(٣) ، فثبت أن هذا ليس بتافه ، والتافه هو اليسير الحقير الذي لا قدر له وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل في أول اسم العظم .

ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن ذلك إنما ضرب لأنه أقل لما (٤) يحتمل المواساة، وما دونه لا يحتمل ذلك لضعفه عنه وإذا كان كذلك فإن تقديره بهذا أولى ، والذي ذكرته أقوى في الاحتمال وأولى في التقدير من كل هذا لأنه إذا ثبت أن العظيم يتضمن أن هناك دونه امتنع قول من يعتبره بأنه يرجع إلى ما يقربه ، وإن كان (٥) حبة أو فلسا لأنه لا شيء في الحقر والدناءة أقل من هذا وذلك ينافي في وصفه بالعظم وهذا واضح الفساد وإذا بطل ذلك وجب التحديد ، ثم رجعنا إلى قول (٦) من حده بربع دينار وبعشرين ديناراً فوجدنا من يذهب إلى ذلك إقراره بأن له مالا مجرداً عن ذكر العظم والكثرة فلم يجز أن يكون الموصوف بالعظم والذي لم يوصف به بقدر (واحد فلم يكن بد من زيادة عليه ، فإذا ثبت ذلك وجب أمرين : إما (٧) تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية لأنا لا نختلف

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٥ .

(٢) انظر : تفسير الطبري : ٥/ ١٥ ، والجامع في أحكام القرآن- للقرطبي ٥/١٣٦ .

(٣) أخرج الحديث بهذا اللفظ ابن أبي شيبة : ٩/٤٧٧ ، وعبد الرزاق : ١٠/ ٢٣٥ مرسلا وابن عدي مسندا (انظر نصب الراية : ٣/ ٣٦٠) ، أما حديث أنه ﷺ كان يقطع في ربع دينار فقد أخرجه البخاري في الحدود باب قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقه ..﴾: ٨/١٧ ، ومسلم في الحدود باب حد السرقة ونصابها : ٣/ ١٣١٢ .

(٤) في م : مال .

(٥) في ق : قال .

(٦) في م : قوله .

(٧) في ق : بها .

أنها لا يتقدر بها اسم المال على الأطلاق فوجب أن يكون مقداراً لما يسمى مالا عظيما أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذي يلزمه بمجرد قوله له : عليَّ مال وتكون الزيادة مؤثرة بحسب [1] العرف في وصف ذلك المقدار بالعظم [2] ويرجع في تقديره إليه .

فصل [٢ - إذا أقر بأن عليه دراهم أو دنانير] :

إذا قال له : عليَّ دراهم أو دنانير لزمه له ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير وهذا مبني على أصل مالك رحمه الله أن أقل الجمع ثلاثة ، ودليلنا عليه أن أهل العربية قسموا الأسماء إلى آحاد وتثنية وجمع وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة [3] له تفيد معناه دون غيره : فقالوا : رجل ورجلان ورجال ، وإن جاز اتفاق التثنية والجمع في كتابات [4] أخر فغير منكر أن يتجوَّز بذلك كما يجوز كناية الجمع على الواحد ، ويجب على قول من يقول من أصحابنا أن أقل الجمع اثنان يلزمه درهمان وهو قول عبد الملك وابن الماجشون [5] .

فصل [٣ - إذا أقر له بدراهم كثيرة] :

ولو قال له دراهم كثرة : فذكر ابن عبد الحكم لأصحابنا فيها قولين : أحدهما ما زاد على ثلاثة دراهم ، والآخر أنه يلزمه تسعة دراهم ، وبعض شيوخنا الذين درسنا عليهم يقول : يلزمه مائتاً درهم [6] ، وقال أبو حنيفة تلزمه عشرة دراهم[7] ، وقال الشافعي تلزمه ثلاثة دراهم [8] .

---

(١) في ق : بسبب .

(٢) في ق : بالعظيم .

(٣) في م : وعاده موصوفة .

(٤) في ق : روايات .

(٥) في م : وهو قول عبد الملك وابن الماجشون أن أقل الجمع اثنان .

(٦) انظر : مواهب الجليل : ٥/٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٧) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ٧٧ ، تحفة الفقهاء : ٣/١٩٧ .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ١١٢ ، الأقناع ص ٢٠٠ .

ودليلنا على فساد قول أبي حنيفة والشافعي أن الأقرار يتضمن [1] مالاً بصفة وهي الكثرة فلم يكن بد من اعتبارها ، وقد ثبت أنه لو لم يصفه بذلك للزمه هذا القدر ، وكذلك لو وصفه بالقلة للزمه أيضاً ثلاثة دراهم ، وبقي [2] في هذا أمران فاسدان : إما أن يفيد وصفه بالقلة والكثرة فائدة واحدة وذلك باطل ، أو أن يلغي الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضاً باطل ، فإذا بطل ذلك لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما يتضمنه [3] إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة ، فإذا تقدر هذا فوجه القول بأنه يلزمه زيادة على الثلاثة دراهم [4] اتفاقنا على أنه لو أقر بدراهم قليلة لكانت ثلاثة ، فوجب أن يفيد إقراره بالكثرة زيادة على ما يفيد إقراره بالقلة وليس في الكثرة حد فيرجع في ذلك إليه .

ووجه القول بأنه تسعة دراهم أن وصفها بالكثرة مبالغة [5] في زيادة المقدار والتباعد عن القلة فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف : أعني يكون مثلها ثلاث مرات لأن الكثرة اسم يجمع الكثير فلما كان اسم الدراهم يفيد في الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع فكذلك الكثيرة قد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات ، ووجه قول شيخنا إنه يلزمه مائتاً درهم هو أن من أصله [6] إذا قال علي مال عظيم إنه يلزمه مائتان وعظيم وكثير واحد فكذلك إذا قال دراهم عظيمة أو كثيرة.

فصل [٤ - إذا أقر له بدراهم لا قليلة ولا كثيرة] :

ولو قال : له علي دراهم لا قليلة ولا كثيرة قال محمد بن عبد الحكم يلزمه أربعة [7] ووجه ذلك أنه نفي عنها القلة . وجب بذلك زيادتها على الثلاثة التي لو وصفها بالقلة للزمته ، وإذا وجب ذلك لزمه زيادة جزء من أحاد ما أقربه

---

(١) في م : يضمن .

(٢) بقي : سقطت من ق .

(٣) في م : تضمنه .

(٤) دراهم : سقطت من م .

(٥) في ق : في اللغة .

(٦) في ق : أصلية .

(٧) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٢٩ .

فتكون أربعة ، وذلك يحتمل وجها آخر وهو أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع في ذلك إلى تفسيره على القول بأنه إذا قال له علي دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره ، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة .

فصل [٥ - إذا أقر له بدريهمات أو دنيرات] :

إذا قال : له علي دريهمات أو دنيرات فهو بمنزلة دنانير ودراهم لأن التصغير لا يؤثر في المعنى عن أصله .

فصل [٦ - إذا أقر له بقوله : عليّ ألف ودرهم] :

إذا قال : له علي ألف ودرهم [(١)] قال شيوخنا يلزمه الدرهم [(٢)] الذي عليه ويرجع في تفسير الألف إليه ، ولم يكن قوله ودرهم تفسيرا للألف ، ويقال له سمٍّ ألف شئت فأي نوع فسره به لزم بقوله وأخذ به جملة من غير تفصيل ، وكذلك لو قال ألف ودينار أو وثوب أو وعبد ودابة وغير ذلك [(٣)] .

وقال أبو حنيفة : [(٤)] إن كان المفسر المعطوف به على الألف مما يكال أو يوزن أويباع عددا كالدراهم والدنانير والطعام وغير ذلك كان تفسيراً للألف فإن كان مما يباع بعينه لا بمقدار من وزن أو كيل أو عدد كالثياب والعبيد لم يكن تفسيراً (لها، ودليلنا أن كل مالزم به حق بنفسه لم يكن تفسيراً) لما تقدمه أصله إذا قال : له علي ألف وثوب ، ولأن العطف قد يكون عطفاً على الجنس وعلى غير الجنس فلا يقضى بالمحتمل ووجب الرجوع في تفسيره إلى المقر .

---

(١) في ق : دراهم .

(٢) الدرهم : سقطت من م .

(٣) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٧٩ .

(٥) ما بين قوسين سقطت من ق .

فصل [٧ - إذا أقر بأنه غصب له شيئاً] :

إذا قال غصبت له شيئاً أو له عندي شيء : رُجع في تفسيره إليه وقبل منه ما يقع عليه اسم الشيء ، وكذلك إذا أقر بثوب أو عبد حلف على ما يقربه إن أنكره المدعى عليه ، وفروع هذا الباب كثيرة [١] .

فصل [٨ - إذا أقر بكذا درهماً] :

إذا قال له علي كذا درهما [٢] : قال محمد بن عبد الحكم : تلزمه عشرون درهماً ، وإن قال كذا وكذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً ، (فإن قال : كذا وكذا درهماً لزمه أحد وعشرون درهماً) [٣] ، وقال الشافعي : في قوله كذا وكذا أنه يلزمه درهما واحداً [٤] ، وفي قوله : كذا وكذا تلزمه درهمان [٥] ، ودليلنا أن قوله : كذا وكذا [٦] لا يطلق إلا على عدد ولا يراد به درهم واحد هذا ظاهر الأستعمال في عادة اللغة فبطل حمله على درهم واحد [٧] ، وإذا بطل ذلك فقد علمنا أن الكناية تفسرها بما لو صرح به لصح [٨] ولم يمتنع وأول عدد يصح أن يقال [٩] فيه درهماً أحد عشر فحملناه عليه ، وإنما حملنا كذا درهما على عشرين لأنه أول عدد مستقل بنفسه [١٠] يقال فيه درهماً ، وحملنا كذا وكذا على أحد وعشرين لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما في باله وما زاد عليه مشكوك فيه.

---

(١) انظر : مواهب الجليل : ٥/ ٢٢٧ -٢٢٨ .

(٢) في م : دراهم .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) في ق :كذا كذا درهما انه يلزمه درهم واحد .

(٥) انظر : مختصر المزني ص ١١٢ .

(٦) في م : كذا وكذا .

(٧) واحد : سقطت من ق .

(٨) في ق : أحد .

(٩) في م : يقل .

(١٠) في ق : بجنسه .

فصل [٩ - إذا أقر له ببضعة عشر درهماً] :

إذا قال : له عليَّ بضعة عشر درهماً كان له ثلاثة عشر درهماً [١] لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة ، وقيل في قوله تعالى : ﴿ فلبث في السجن بضع سنين﴾[٢] أنه سبع [٣] .

فصل [١٠ - إذا قال : له عليَّ ثوب في منديل أو في صندوق] :

إذا قال : له عليَّ ثوب في منديل أو في صندوق كان مقراً بالثوب دون الوعاء، ولو قال : له عندي عسل في زق [٤] لكان مقراً بالعسل والزق ، وفرق أصحابنا بينهما بأن العسل يفتقر إلى الوعاء لأنه لا يمكن أخذه إلا في وعاء والثوب يمكن أخذه بغير منديل فلم يتضمن الإقرار به إقرارا بظرفه [٥] .

فصل [١١ - في صحة الاستثناء من غير الجنس] :

يصح الاستثناء من غير الجنس وصورته : أن يقول له عليَّ ألف درهم إلا ثوبا أو عبدا أو دابة فيقال له أذكر قيمة العبد أو الثوب الذي استثناه ، ويكون مقراً بما فضل من الألف عن قدر قيمته[٦] ، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك فيما يكال أو يوزن ولا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن [٧] ، مثلا [٨] : أن يقول له عليَّ ألف درهم إلا كر حنطة فيلزمه ، ولو قال ألف إلا دابة لم يصح ، وقال

---

(١) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٢٩ .

(٢) سورة يوسف ، الآية : ٤٢ .

(٣) انظر : تفسير الطبري : ١٢/ ٢٢٤ .

(٤) الزق : بالكسر - الظرف ، والجمع أزقاق (المصباح المنير ص ٢٥٤) .

(٥) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٣٠ .

(٦) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٣١ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ٧٩ .

(٨) في م : مثاله .

زفر لا يصح استثناء من غير الجنس ، ودليلنا على جوازه ورود اللغة به قال الله تعالى : ﴿ فسجد الملائكة أجمعين إلا إبليس ﴾ [1] ، وقال الشاعر [2] :

وبلدة ليس بها أنيس . . إلا اليعافير وإلا العيس

ولا يقال لشيء من هذا أنيس ؛ وقال آخر [3] : وما بالربع من أحد إلا الأواري، ودليلنا على أنه لا فرق بين ما يكال ويوزن وبين غيره أن أهل اللغة لم يفرقوا بين ذلك ولا اعتبروا هذا الفرق ، واعتبارا بما يكال ويوزن .

فصل [١٢ - في استثناء الأكثر من الأقل] :

استثناء الأكثر من الأقل [4] يجوز خلافاً لعبد الملك وغيره[5] ، ولأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله له وهذا يصح في الكثير إذا أخرج [6] عن القليل كصحته في القليل إذا أخرج [7] من الكثير ، وليس فيه إلا أن استعمالهم له يقل أو يستقبح وذلك لا يمنع تعلق الأحكام به ، ولأنه لو قال بعتك هذه الدار إلا خمسة أسداسها لصح ولكان بيعا للسدس ، وكل استثناء صح في البيع صح في الإقرار كالقليل [8] .

---

(١) سورة الحجر ، الآية : ٣٠ .

(٢) الرجز لجران العود ، وهو من الشواهد النحوية (انظر معجم الشواهد النحوية ص ٤٨١) واليعافير : تيوس الظباء (الصحاح : ٢/ ٧٥٢) .

والعيس : إبل بيض في بياضها ظلمة خفية ، والواحدة عيساء (الصحاح : ٣/ ٩٥٤).

(٣) هو النابغة الذبياني (انظر ديوانه ص ٢ ، ٣) والأواري : حرارة النار والشمس وحرارة العطش أيضاً (الصحاح : ٢/ ٥٨٣) .

(٤) مراده مع بقاء الأقل من المستثنى منه .

(٥) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٣٠ - ٢٣١ .

(٦) و(٧) في ق : خرج .

(٨) في م : كالكثير .

فصل [١٣ - إذا قال : لزيد علي مائة درهم ثم قال بعد ذلك لزيد علي مائة درهم] :

إذا قال : لزيد علي مائة درهم ثم قال : بعد ذلك لزيد علي مائة درهم فإنهما مائة واحدة كان في ذلك المجلس أو في مجلس آخر [1] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه إن كان في مجلس أخر لزمه مائتان [2] ، لأنه أعاد الإقرار على لفظه ومعناه فلم يلزمه بمجرد الثاني حق أصله إذا كان ذلك في المجلس .

فصل [١٤ - إذا قال : لفلان علي ألف درهم وفلان أو فلان] :

إذا قال : لفلان علي ألف درهم وفلان [3] أو فلان : فنصف ألف للمقر له أولا والنصف الباقي بين المشكوك فيهما [4] ، وذلك أن الأول غير مشكوك فيه وإنما الشك فيمن يحصل شريكاً له في الإقرار ، والشك لا يقدح في الإقرار الأول وإنما يقدح في الاثنين الآخرين فيكون بينهما .

فصل [١٥ - إذا قال : لفلان علي ألف درهم وإلا فعبدي حر] :

إذا قال : لفلان علي [5] ألف درهم وإلا فعبدي حر لزمه الألف لأن قوله وإلا فعبدي حر حلف على تقرير الأقرار .

فصل [١٦ - إذا قال : له علي دينار ولم يبين] :

إذا قال : له علي دينار ولم يقل جيدا ولا رديا ولا وازنا ولا ناقصاً ومات حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد [6] لأن إطلاق الكلام محمول على

---

(١) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٢٩ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٣ .

(٣) وفلان : سقطت من ق .

(٤) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٣٠ - ٢٣١ .

(٥) في م : عندي .

(٦) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٢٩ ، وقد نقل المواق في حاشيته كلام القاضي عبد الوهاب - هذا في المعونة .

التعارف كالبيع والشراء والإجارة ، وإن كان نقد البلد مختلفاً فاختلف أصحابنا: قال محمد بن عبد الحكم : يلزمه دينار من أي نقد البلد مختلفاً ويحلف إن طلب ذلك المقر له ، وقال شيخنا أبو بكر الأبهري [1] : يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورثة أوسط النقود .

فصل [١٧ - الإقرار للأجانب الذي لا يتهم لهم] :

الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم في الصحة والمرض سواء يتحاصون بينهم على قدر حقوقهم لا يقدم من أقر له في الصحة على من أقر له في المرض [2] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يبدأ غرماء الصحة على غرماء المرض فيوفون ديونهم فإن فضل كان للغرماء المقر لهم في المرض [3] ، لأن المقر ممن لا يتهم المقر في إقراره فأشبه إذا أقر له في الصحة ، واعتباراً أنه إذا قامت له البينة .

فصل [١٨ - إذا أقر في مرضه المخوف لوارث] :

إذا أقر في مرضه المخوف لوارث نظر : فإن كان ممن يتهم في إقراره له لم يقبل إقراره ، وإن كان ممن لا يتهم في إقراره له قبل [4] مثل أن يترك ابنا وابنة وزوجة ومولى أو بعض العصبة الأباعد فيقر له بدين [5] فهذا يبعد أن يتهم له في العادة فيقبل (إقراره ، وقال : أبو حنيفة لا يقبل إقراره لوارث جملة [6] وقال : الشافعي يقبل) [7] على كل وجه [8] .

---

(١) الأبهري : سقطت من ق .

(٢) انظر : الكافي ص ٤٥٧ ، مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢١٩ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ٨٤ - ٨٥ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٠١ - ٢٠٢ .

(٤) انظر : الكافي ص ٤٥٧ ، مواهب الجليل - مع حاشية المواق : ٥/ ٢١٨ - ٢١٩ .

(٥) في م :بابن .

(٦) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميدانى - ٢/ ٨٥ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٠٢ .

(٧) مابين قوسين سقط من م .

(٨) انظر : مختصر المزني ص ١١١ .

فدليلنا على أبي حنيفة أن منع إقراره للوارث للتهمة بالازواء [1] ولمحبة صرف ماله إلى الأقرب إليه ومن يعلم محبته له من ورثته فإن انتفى هذا المعنى وجب قبوله ، ودليلنا على الشافعي أنه لما كان متهماً في إقراره له بالدين ليزوي عنه من الورثة وجب رد إقراره له وإلا كان في ذلك ذريعة إلى تمكينه في الأزواء، ومن الوصية للوارث وإذا كان كذلك وجب منعه .

فصل [١٩ - إقراره للصديق الملاطف] :

وفي إقراره للصديق [2] الملاطف روايتان [3] : إحداهما رده ، والأخرى قبوله ويكون في الثلث ، فوجه الرد أنه متهم في إقراره له أن يكون أراد إزواء المسلمين أو الأباعد من عصبته والوصية له بزيادة على الثلث فجعله إقرار له فيجب رده ، ووجه القبول أن أكثر ما في ذلك أن يكون هبة ووصية فالذي يخشى منه أن يكون من رأس المال ، فإذا أحسمنا هذا الباب فجعلناه من الثلث جاز .

فصل [٢٠ - فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث] :

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث : فإن النسب لا يثبت لأنه مقر على غيره ويعطيه عندنا ثلث ما في يديه [4] وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقر لو أقر به الأخ الآخر ، وعلى هذا الحساب يثبت [5] الإقرار من بعض الورثة لوارث .

فصل [٢١ - في الرد على قول الشافعي أنه لا يعطى شيئاً] :

وقال : (الشافعي لا يعطى شيئاً [6] ، وقال أبو حنيفة يعطيه نصف ما في

---

(١) الازواء : وهو الجمع والضم ، وقيل من الزوغ (لسان العرب : ٨٦/١) .
(٢) في ق : للمدين .
(٣) انظر : الكافي ص ٤٥٨ ، مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٢١٩/٥ - ٢٢٠ .
(٤) انظر : المراجع السابقة .
(٥) في م : يترتب .
(٦) أنظر : مختصر المزني ص ١١٢ .

يدية[1] فدليلنا على) [2] الشافعي أن إقراره يتضمن شيئين : أحدهما على نفسه، والآخر على غيره فالذي على نفسه استحقاق المقر له ما في يده من المال زيادة على قدر ميراثه ، والذي على غيره كون المقر به ابناً لأبيه فقُبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، ولأن الميراث يستحق بنسب وبسبب ثم أنه لو قال هذه المرأة زوجة أبي ومات عنها وهي زوجته لا أعلمها ماتت منه فأنكر ذلك الابن الآخر فإنه يؤخذ منه قدر نصيبها [3] من الميراث مما في يده ولا تثبت الزوجية[4]، وكذلك في اعترافه بالنسب [5] .

فصل [٢٢ - في الرد على قول أبي حنيفة أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره] :

ودليلنا على أبي حنيفة أن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل في يده من الزيادة على ميراثه لأن تمام الميراث في يد الابن الآخر فلم يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر له [6] .

فصل [٢٣ - لو ترك ابنا واحدا ثم أقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه] :

ولو ترك ابنا واحدا لا وارث له غيره فأقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه لأعطاه [7] نصف ما في يده ولم يثبت نسب [8] (المقر له ، خلافاً للشافعي في قوله إنه يثبت نسبه [9]) [10] ، لأنه إقرار في حق غيره فلم يقبل كما لو كانا اثنين فأقر

---

(١) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٨٦/٢ - ٨٧ ، تحفة الفقهاء : ٢٠٣/٣ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في ق : نصيب .

(٤) في ق : الزوجية .

(٥) في م : بالسبب .

(٦) في م : المقر .

(٧) في م : أعطاه .

(٨) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٢٠ .

(٩) انظر : مختصر المزني ص ١١٤ -١١٥ .

(١٠) ما بين قوسين سقط من م .

أحدهما وجحد الآخر ، ولأن إقراره ليس بأكثر من شهادته وشهادة الواحد غير مقبولة فإقراره على الغير أولى ، ويفارق الجماعة لأن شهادتهم تقبل في حق الغير .

فصل [٢٤ - إذا قال لك وأنا غير بالغ] :

إذا قال : أقررت لي بمائة دينار وأنت بالغ ، فقال بل أقررت بها لك وأنا غير بالغ : قال محمد بن عبد الحكم القول قول المقر مع يمينه ، وأظن غيره من أصحابنا من يقول القول قول المدعي (١) ، فوجه الأول أن المدعي [يدعي](٢) إلحاق دين بذمة المقر والمقر ينفي ذلك فلا يقبل منه إلا ببينة ، ووجه الثاني أن الإقرار متفق على حصوله إلا أن المقر يزعم أنه لا حكم له فلا يقبل منه إلا أن تقوم له بينة بما يدعيه ، وكذلك لو كان مجنوناً فبريء فاختلفا في الإقرار (٣) ، فأما لو ادعي أنه كان مجنوناً وقال أقررت لك في حال الجنون ولم يعلم أنه كان(٤) مجنوناً والمدعي يزعم أن الإقرار وقع في الصحة فلأصحابنا فيها مذهبان :

أحدهما أن القول قول المقر مع يمينه (٥) ووجه هذا اعتباره به إذا قال : أقررت لك وأنا صبي لأنه أضاف الإقرار إلى حال لا يتعلق بها حكم ، والآخران القول قول المدعي ، والفرق على هذا بينه وبين الصبي أن الصبي معلوم حصوله والمدعي زعم بعد زواله فيحتاج إلى بينة ، وليس كذلك الجنون لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر منه فلم تقبل إضافته الأقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها ، ومثل ذلك لو قال : قذفتني وأنت بالغ ، فقال : قذفتك وأنا صبي الحكم فيه واحد ، ولو أقر وهو بالغ عاقل أنه كان استهلك له مائة دينار حال صغره أو جنونه غرم له لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك بدليل أن البينة لو قامت بذلك للزمه فكذلك إقراره يلزمه به ما يلزمه بالبينة .

---

(١) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق : ٥/٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٢) ما بين معقوفتين مطموس في ق و م .

(٣) في ق : المقدار .

(٤) في ق : لأنه .

(٥) في ق : ببينة .

فصل [٢٥ - إذا قال له أقررت لك في حال لست أدري حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون] :

ولو ادعي عليه [١] أنه أقر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل : فقال أقررت لك في حال لست أدري هل كانت حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون [٢] : فقال محمد بن عبد الحكم لا يلزمه بذلك بشيء لأنه لم يقر على نفسه بما يلزمه بشيء، وفيها نظر ، ويشبه أن يلزمه على قول من ذكرناه من أصحابنا لأن هذا ليس بجواب فيلزم أبدا إلى أن يقر وهو كمن قيل له : أقررت لي بألف وأنت بالغ ، فقال : لا أدري هل تستحق عليَّ هذه الألف أم لا [٣] أنه لا يترك وما يدعيه .

فصل [٢٦ - إذا أتى بالإقرار على وجه الشكر والتحدث به لا على وجه الإقرار] :

إذا أتى بالإقرار على غير وجه الإقرار بل على وجه الشكر والتحدث به ، مثل أن يجري ذكر إنسان قد مات فوصف بأنه كان يسعف من يسأله ويقرضه فيقول رحم الله فلاناً لقد سألته مرة أن يقرضني شيئاً وأنا مضيق أو مفلس فأجاب مسألتي فيقوم ورثة ذلك الأنسان فيطالبون هذا المقر ففيها روايتان [٤] : إحداهما أن ذلك إقرار ، والأخرى أنه ليس بإقرار ولا يلزم به شيء .

فوجه الأولى أنه معترف بأن الرجل دفع إليه المال على وجه القرض ومدع للبراءة منه فلا يقبل منه إلا ببينة أصله الإقرار المبتدأ عند دعوي الخصم ، ووجه الثانية أنه لم يورده على وجه الإقرار وإنما أورده على وجه الشكر أو لغير ذلك ، ولفظ الإقرار مفتقر في كونه [٥] إقرارا إلى القصد لذلك ، وهذه الرواية أحسن وأوقع في مقتضى العادة والأول أقيس .

---

(١) عليه : سقطت من ق .

(٢) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٣) أم لا : سقطت من م .

(٤) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/٢٢٧ .

(٥) في كونه : سقطت من م .

فصل [٢٧ - التفريق بين الإقرار بأن هذا سرج دابة فلان وبين أن هذا باب داره] :

فرق محمد بن عبد الحكم بين أن يقر بأن هذا سرج دابة فلان أولجام دابته وبين أن يقر بأن هذا باب داره فزعم في السرج واللجام أنه لا يكون إقرار بأنه يكون لفلان ، وفي هذا الباب يكون إقرار به لصاحب الدار [1] قال : لأن الباب من الدار فإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه هذا الإقرار ، وليس كذلك السرج واللجام لأنه ليس بجزء من الدابة بل هو غيرها فكأنه قال :هذا السرج به دابة فلان وهذا اللجام يلجم به دابته ، وفي موضع آخر سوى بينهما إما قولا له آخر حكاه عن غيره ، ووجه ذلك أنه أضاف ما أقربه إلى ملك المقر له فيضمن الإقرار له كباب الدار .

* * *

---

(١) انظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥/ ٢٣٠ .

(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)[1]

كتاب اللقطة [2]

الأصل في اللقطة [3] قوله ﷺ لمن سأله عنها : « أعرف عفاصها ووكاءها[4] ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » [5] ، والشيء الملتقط على ضربين : منها ما له خطر وبال يمكن تعريفه فينبغي لملتقطه أن يأخذه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه ، وإنما استحببنا له ذلك لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والبر وهذا منه ، ولأنها قد تحصل مع من ربما لا يؤدي الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم آخذها ، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظها كان مندوبا إلى ذلك ، والضرب الآخر ما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كالكسر من الدرهم والشيء من المأكول وما أشبه ذلك فهذا لا فائدة في أخذه فإن أخذه جاز .

فصل [١ - في جملة أحكام اللقطة] :

تعرف اللقطة سنة عند الموضع الذي أصابها فيه وفي أقرب المواضع إليه وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع ، فإن جاء من يدعيها بعلامتها من العفاص والوكاء أو بزيادة على ذلك من ذكر ما فيها من ورق أو ذهب أو وزنه

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) اللقطة : في اللغة : أخذ الشيء من الأرض (معجم مقاييس اللغة : ٥/٢٦٢) وفي الاصطلاح : مال وجد بغير حرز محترما ليس حيواناً ناطقاً ولانعماً (حدود ابن عرفة ص ٤٢٩) .

(٣) انظر : المدونة : ٤/٢٦٥ ، التفريع : ٢/٢٧٢ ، الرسالة ص ٢٣١ ، الكافي ص ٤٢٥ .

(٤) العفاص : هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد ونحوه ، والوكاء الخيط الذي يشد به العفاص . (النهاية في غريب الحديث : ٣/٢٦٣ ، ٥/٢٢٢) .

(٥) أخرجه البخاري في اللقطة باب ضالة الإبل : ٣/٩٢ ، ومسلم في اللقطة : ٣/١٣٤٦ .

وما يغلب معه على الظن صدقة في دعواه دفعت إليه بغير بينة ، وإن مضت السنة ولم يأت لها طالب فهو بالخيار بين أن يتركها وتكون في يده أمانة لا شيء عليه في تلفها وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان ، فإن جاء صاحبها فأجاز التصدق بها وإلا غرمها له ، وبين أن يتملكها فتكون دينا في ذمته يدفعها إلى صاحبها ويكره [1] له تملكها وإذا رد اللقطة إلى موضعها بعد أخذها فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها إن ردها ، فإن لم يأخذها بنية الالتقاط بل ليتبينها مترويا بين أخذها وتركها فلا ضمان عليه .

وضالة الأبل لا ينبغي لواجدها أن يتعرض لها وليتركها ، فأما ضالة الغنم فإن وجدها في مدينة فهي كسائر اللقطة ، وإن وجدها في صحراء : فإن كان بقرب موضعها قرية أو موضع يضمها إليه فعل ذلك ، وإن كان مفازة ولا قرية بقربها ولا موضع يحفظ فيه ويخاف عليها إن تركت الذئب فإن شاء تركها ، وإن شاء أكلها ولا ضمان عليه في ظاهر الروايتين ، ومن وجد طعاماً يفسد بتركه فإن شاء تصدق به أو أكله وضمنه إن كان في العمران ولايضرب له أجل [2] .

فصل [٢ - في دليل تعريف اللقطة سنة] :

وإنما قلنا إنها تعرف سنه لقوله ﷺ : للذي سأله عن اللقطة : « أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » [3] ، ولأنه لما احتيج في تعريفها إلى أمد ومهلة ليعثر على مالكها وأمكن أن يكون صاحبها حاضرا لها [4] أو غائباً أو ممن يتعذر عليه الحضور إلا بعد مدة وجب أن يزاد في المهلة وأن يوسع في المدة ليحصل الغرض الملتمس ، وإذا ثبت ذلك ولم يكن بعض المدة بأولى من بعض كانت السنة أولى ما ضربت حد لأنها قد جعلت حدا في غير موضع مما يختبر حاله مثل العنة ، وعهدة الأدواء الثلاثة ، ووجوب الزكاة ، وغير ذلك .

---

(١) في ق : وأكره .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ : ٢/ ٧٥٧ - ٧٥٨ ، المدونة : ٤/ ٣٦٥ - ٣٢٧ ، التفريع ٢/ ٢٧٢ - ٢٧٤ ، الرسالة ص ٢٣١ - ٢٣٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) لها : سقطت من م .

وإنما قلنا إنه يعرفها في المواضع التي ذكرناها لأن الغرض بالتعريف في التوصل إلى علم صاحبها بموضعها كما يجب أن يكون ذلك في المواضع التي يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها ، وفي حديث عمر بن الخطاب [١] رضي الله عنه أنه قال : لمن ذكر له أنه وجد بطريق الشام صرة فيها ثمانون ديناراً : عرفها على أبواب المسجد واذكرها لمن يقدم من الشام[٢] .

فصل [٣ - في دفع اللقطة لمن عرف عفاصها ووكاءها] :

وإنما قلنا إنها تدفع لمن يعرف عفاصها ووكاءها ولا يكلف على ذلك ببينة [٣]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٤] ، لقوله ﷺ : « أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه [٥] ، وروي « باغيها » [٦] ، وروي « فإن جاء أحد يخبرك بعدتها » [٧] ، ففي هذا دليلان : أحدهما أمره ﷺ بدفعها إلى مدعيها يدفعها إلى من عرف العفاص والوكاء من غير مطالبة ببينة ، والآخر قوله : « أعلم عفاصها ووكاءها » ولا فائدة في ذلك إلا دفعها إلى من عرف ذلك منها لأن الضرورة قد [٨] تدعو إلى ذلك وإلا أدى إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله لأنه لا يمكنه الاشهاد على ضياعه والبينات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها ، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها .

---

(١) ابن الخطاب : سقطت من م .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : ٧٥٨/٢ .

(٣) في م : اقامة بينة .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣٩ ، الأقناع ص ١٢١ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) لفظ « باغيها » أخرجه أبو داود في كتاب اللقطة باب تعريف اللقطة : ٣٢٩/٢ .

(٧) أخرجه أبو داود في اللقطة باب تعريف اللقطة : ٣٠/٢ ، بلفظ « فعرف عددها ووكائها فادفعها إليه » .

(٨) قد : سقطت من م .

فصل [٤ - في كونه مخيرا بعد مضي السنة بين تملكها والتصدق بها أو تركها] :

وإنما قلنا إن السنة إذا مضت ولم يأت لها طالب : كان ملتقطها مخيرا بين تملكها والتصدق بها أو تركها لقوله ﷺ : « فإن لم يجيء [١] صاحبها فشأنك بها » [٢] وهذا لفظ إباحة وإطلاق ، فإنشاء تصدق بها لأنه [٣] ليس عليه حفظها بعد السنة لما في ذلك من المشقة والكلفة ويكون عليه الضمان لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه يتكلف حفظها وليس له أن يتلف مال غيره إذنه إلا بشرط الضمان للضرورة الداعية إليه ، وإن [٤] شاء تركها أمانة في يده كالوديعة لا شيء عليه في تلفها لأنه قبضها لمنفعة ربها خالصاً لا نفع له فيها فكان تلفها من ربها، وإن شاء استسلفها فكانت دينا في ذمته لأن الذمة قد تكون أحرز لها من اليد ، ويكره ذلك عندنا لجواز أن يعسر عند مجيء صاحبها فيتعذر عليه ردها.

وإنما قلنا ردها إلى موضعها بعد أخذها إلى ماذكرناه لأنه إذا أخذها بنية حفظها فقد تعلق حفظها عليه ولزمه ذلك ، فردها بعد أخذها تعد إضاعة لما قد لزمه حفظه وذلك غير جائز ، وإذا أخذها لا على هذا الوجه لم يتعلق عليه حفظها ولا لزمه إمساكها فلم يتعد بردها .

وإنما قلنا إن ضالة الإبل لا يأخذها واجدها لقوله ﷺ وسلم جواباً لمن سأله عنها « مالك ولها معها سقاؤها وحذاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»[٥] ، وقال عمر رضي الله عنه لثابت بن الضحاك [٦] ووجد بعيرا فعرفه

---

(١) في ق : فان جاء .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ١٢٦١ .

(٣) في : بأنه .

(٤) في م : ومن .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ١٢٦١ .

(٦) الثابت بن الضحاك : بن خليفة الأشهلي صحابي مشهور ، روى عنه أبو قلابة ، =

ثم قال : قد شغلني عن ضيعتي فقال عمر : أرسله حيث وجدته [١] ، وإنما قلنا إنه في ضالة الغنم أنه يأخذها لقوله ﷺ « هي لك أو لأخيك أو للذئب » [٢] والفرق بينهما وبين ضالة الإبل أن الإبل تحفظ نفسها من الوحش إن أرادها وتعيش بنفسها وتقدر على الشرب من الغدر [٣] والأكل من الشجر فيبعد خوف الهلاك عليها وربما يجيء صاحبها فيجدها وليس كذلك ضالة الغنم لأنها لا تعيش بنفسها ولا تقدر [٤] على الشرب من الغدر ولا تمتنع [٥] من الوحش والحيوان المفترس وكان الغالب هلاكها حتى لم تؤخذ ، وإنما قلنا إنه إذا وجدها إلى جنب قرية أو موضع يمكن ضمها إليه لم يجز له أخذها [٦] لأنه يصل إلى حفظها على صاحبها من غير مشقة عليه فلم يجز إتلافها ولها قيمة في الموضع الذي وجدها به .

وإنما قلنا إنه إن وجدها في فلاة لا قرية بقربها فله أن يأكلها ولا غرم عليه لربها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٨] ، لقوله ﷺ : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »[٩] ، وفي حديث اخر : « خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب » [١٠] وهذا تنبيه على أنها في حكم المتلف ، ولا قيمة في إتلافه ، ولأنه أضافها إلى

=مات سنة خمس وأربعين قاله الفالس والصواب سنة أربع وستين (تقريب التهذيب ص١٣٢) .

(١) أخرجه مالك في الموطأ : ٧٥٩/٢ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ١٢٦١ .

(٣) الغدر : النهر (المصباح المنير ص ٤٤٣) .

(٤) في ق : لا تفتقر .

(٥) في ق : ولا تبلغ .

(٦) في ق : أكلها .

(٧) في ق : لا يقدر .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٤٠ ، مختصر المزني ص ١٣٦ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ١٢٦١ .

(١٠) أخرجه البخاري في اللقطة باب ضالة الإبل : ٩٢/٣ ، ومسلم في اللقطة : ١٣٤٦/٣ .

واجدها كإضافتها إلى أنها للذئب فدل على أن إتلافها لا يستحق [1] به غرم ، ولأن ما هذا سبيله لا قيمة له في موضعه ولا يمكن تعريفه فلا يخلو أن يمنع أخذها وذلك خلاف الاجتماع ، وأن يلزم حفظها وسوقها إلى العمران وفي ذلك مشقة وكلفة مسقطتان عنه ، أو أن يباح أكلها بشرط . الضمان فما هذا سبيله إنما يكون بعد التعريف إذا كان مما يبقى فلم يبق إلا ما نقوله من إباحة الأكل بغير ضمان له .

وإنما قلنا في الطعام الذي لا يبطل إنه لا يعرف بأجل لأن تبقيته إلى الأجل إتلاف له على مالكه وواجده ،وقلنا إن له أن يأكله لأنه إن لم يفعل ذلك تلف ويضمنه لأنه منتفع بملك غيره إلا أن يكون مما لا قيمة له والله أعلم [2] .

* * *

(١) في م : لا يتعلق .

(٢) في م : والله الموفق .

(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)[1]

كتاب الشفعة[2]

لا خلاف في وجوب الشفعة للشريك المخالط[3] ، والأصل فيها قوله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم »[4] ، وروي « الشفعة في كل شرك[5] »[6] .

فصل [١ - في عدم الشفعة للجار] :

ولا شفعة لجار[7] خلافاً لأبي حنيفة[8] ، لقوله الله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة »[9] ففيه أدلة : أحدهما أنه أخبرعن جملة محلها وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة في غيره ، والثاني دليل الخطاب ، والثالثة نصه على أن القسمة إذا وقعت انتهت الشفعة ، ولأنه ملك محوز[10] كالجار المقابل .

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) الشفعة : في اللغة : مشتقة من الشفع وهو الزوج لأنها ضم جزء إلى جزء فيصير به شفعاً (غرر المقالة ص ٢٢٧) ، وفي الاصطلاح : هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه (حدود ابن عرفه ص ٣٥٦) .

(٣) انظر الإجماع - لابن المنذر - ١٢١ ، المغني : ٣٠٧/٥ ، فتح الباري ٤/ ٣٤ .

(٤) أخرجه البخاري في الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم إذا وقعت الحدود فلا شفعة : ٤٦/٣ .

(٥) في ق : شركة .

(٦) أخرجه مسلم في المساقاه باب الشفعة : ١٢٢٩/٣ .

(٧) انظر : الرسالة ص ٢٢٧ ، الكافي ص ٤٣٦ ، المقدمات : ٣/ ٦١ .

(٨) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٠٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٤٩/٣ .

(٩) سبق تخريج الحديث قريباً .

(١٠) في م : يجوز .

فصل [٢ - فيما تستحق فيه الشفعة] :

والشفعة مستحقة في العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان والرقيق [١] ، خلافاً لمن يحكي عنه وجوبها في كل ذلك إن صح[٢] . والأصل فيه قوله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم » [٣] ، وروي « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [٤] ، وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق له ، ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة ، والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين وجود الضرر [٥] في الشركة في الأرض على وجه الدوام، ولأنِ التخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك .

فصل [٣ - الشفعة في الثمار] :

وعنه في وجوب الشفعة في الثمار إذا كان الأصل بأيديهم ملكا أو حبساً أو مساقاة أو مبتدأ [٦] الشراء روايتان : [٧] إحداهما ثبوتها ، والأخرى نفيها وهو قول المغيرة وعبد الملك ، فوجه إثباتها أنها معلقة من غير صنع آدمي بأصل تجب فيه الشفعة يخاف منه سوء المشاركة فأشبه الفحل والبئر ، ووجه نفيها قوله ﷺ : « فإذا وقعت الحدودفلا شفعة » [٨] فعلقها بما يقسم من الأراضي ، ولأن الشفعة فيما يدوم فيه الضرر وذلك معدوم في الثمار فكانت كالعروض .

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/٧١٣ - ٧١٧ ، المدونة : ٤/٢٠٧ ، التفريع : ٢/٢٩٩ ، الرسالة ص ٢٢٨ ، الكافي ص ٤٣٦ .

(٢) يحكي ذلك عند بعض أهل مكة ، وقال ابن حزم الشفعة في كل شيء مما ينقسم ومما لاينقسم بعض من أرض أو عبد أو ثوب . . . (المقدمات : ٣/٦٤ ، المحلى : ١٠/٣) .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ١٢٦٧ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ١٢٦٧ .

(٥) في ق : الغرر .

(٦) في م : متبع .

(٧) انظر : المدونة : ٤/٢٠٧ ، التفريع : ٢/٢٩٩ ، الكافي ص ٤٣٧ .

(٨) سبق تخريج في الصفحة ص ١٢٦٧ .

فصل [٤ - لا شفعة فيما لا يمكن قسمته أو فيما قسمته ضرر] :

لا شفعة في طريق ولا عرصة قسمت بيوتها وبقيت مرتفقا لأهلها [١] ، لأن ذلك تبع لأصل لا شفعة فيه وهو البيوت المقسومة .

ولا شفعة في البئر والفحل ، وإن كانت الأرض التي فيها مشاعة ففيهما الشفعة لأن في أصلها الشفعة فهما تبع لها ، وإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة في البئر والفحل لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا يصح قسمهما ولا هي متصله بأصل تجب الشفعة فيه فتكون ثابتة له .

فصل [٥ - في عدم الشفعة في ممر أرض أو مسيل ماء أو طريق إلى علو] :

من له ممر في أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض [٢] لأنه ليس بشريك فيها ، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حتى في نفس الملك ، وكذلك الدار علوها لرجل وأسفلها [٣] لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر لأن أملاكهما متميزة والشركة منتفية [٤] .

مسألة [٦ - في كون الشفعة بين الشركاء على قدر الحصص] :

والشفعة بين الشركاء على قدرالحصص [٥] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه على عدد الرؤوس [٦] ، لأن الشفعة معنى مستفاد بالملك فوجب أن يكون معتبراً بعدد الأملاك لا بعدد الملاك[٧] ، أصله غلة الدار وكسب العبد ، ولأن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء فى القلة والكثرة كالربح في التجارة ، ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها ولا يمكن

---

(١) انظر : المدونة : ٢٠٧/٤ ، التفريع : ٢٩٩/٢ ، الكافي ص ٤٣٧ .

(٢) انظر : المدونة : ٢٠٧/٤ ، التفريع : ٢٩٩/٢ ، الكافي ص ٤٣٧ .

(٣) في ق : سفلاها .

(٤) في م : منبته .

(٥) انظر : المدونة : ٢٠٧/٤ ، التفريع : ٢٩٩/٢ ، الكافي ص ٤٣٩ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١١٦/٢ .

(٧) في ق : بقدر أملاك لا بقدر الملاك .

إزالته بحق واجب وهو أن يطالب المشتري الشريك بالقسمة فيلزمه ذلك فيدخل عليه الضرر من عدة وجوه : من نقصان قيمة نصيبه إذا قسم ، ولزوم أجرة القسام، واستحداث مرافق أخر ، وزيادة مؤنة ، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رؤوسهم ، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك لأن هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك وكذلك إذا رفع .

مسألة [٧ - الشفعة بين أهل الميراث] :

الشفعة بين أهل الميراث على قدر رؤوسهم ، ومن باع أصل سهم منهم فشركاؤه في ذلك السهم أحق بالشفعة [١] من باقي الورثة ، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذي ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب ، ولو كان أهل السهام عصبة فباع بعض العصبة حق فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعاً ، ولو باع بعض أهل سهم حقه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة [٢] .

مثال جملة المسألة : أن يترك الميت جدتين وأختين لأم وإخوة لأب ، وله ستة أسهم من اثنى عشر سهما من دار أو دكان ، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس فالجدة الأخرى أحق بالشفعة من الشركاء ، فإن باعت الجدتان جميعاً فالشفعة لباقي الورثة ، وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الأخوة لأب ، فإن باع بعض الأخوة لأب حصتهم فالشفعة بين بقية الإخوة للأب وبين باقي أهل الميراث ، فإن كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب .

---

(١) في ق : بالشركة .

(٢) انظر : المدونة : ٢٠٦/٤ ، التفريع : ٢٩٩/٢ - ٣٠٠ ، الكافي ص ٤٣٩ .

فصل [٨ - في كون أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء] :

وإنما قلنا إن أهل [١] السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء [٢]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٣]، لقوله ﷺ « الشفعة في كل شرك » [٤]، والسهم نوع من الشرك » [٥] والسهم نوع من الشرك [٥] فوجبت الشفعة فيه، لأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه اعتباراً بالشركة في نفس العقار، وإنما قلنا إن بقية أهل السهم أولى من العصبة، لأنهم أخص منهم بالشركة وأكدا أمرا، لأن سهمهم معلوم مقدر، (وإنما قلنا إن أهل السهام يشاركون في العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم) [٦]، وإنما قلنا إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة تشافعوا بينهم لأنهم أهل ميراث واحد كأهل السهام.

مسألة [٩ - ثبوت الشفعة في كل شقص ملك بعوض] :

كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة إلا أن يعرض ما يقطعها بأي نوع كان من التمليكات من بيع، أو إجارة، أو خلع، أو مهر، أو صلح من أرش جناية، أو قيمة متلف، أو دم عمد، أو خطأ أو غير ذلك من أنواع المعاوضات، فأما ما ملك بغير عوض مثل الهبة بغير الثواب والصدقة ففيها روايتان : إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها. ولا شفعة في الميراث [٧].

فصل [١٠ - وجوب الشفعة في أنواع المعاوضات] :

وإنما قلنا إن الشفعة واجبة في أنواع المعاوضات لاتفاقهم على ذلك في البيع

---

(١) أهل : سقطت من م.

(٢) انظر : المدونة : ٢٠٦/٤، التفريع : ٢٩٩/٢، الكافي ص ٤٣٩.

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢١، الأقناع ص ١١٧.

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة ١٢٦٧.

(٥) والسهم نوع من الشرك : سقطت من ق.

(٦) مابين قوسين سقط من ق.

(٧) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٢١٠/٤، الكافي ص ٤٤٢ - ٤٤٣.

فكان كل عوض بمثابته ، (وقلنا إن الشفعة في النكاح والخلع خلافاً لأبي حنيفة[1] ، لأن النكاح نوع معاوضة فإذا ملك به ما يجب فيه الشفعة جاز أن يستحق كالبيع)[2] .

فصل [١١ -أخذ الشفعة في المهر بقيمة الشقص] :

إذا وجبت الشفعة في المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص[3] ، خلافاً للشافعي في قوله : إنها تؤخذ بمهر المثل[4] ، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة ، وذلك أن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة ، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها ، فمتى ألزمنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف دينار كنا قد حفنا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر مما عاوضت عليه ، وكذلك قيمة الشقص ألفا مثلها مائة ، فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوي ألفا كنا قد حفنا على المرأة لأن الزوج يقول أنا أصدقها هذا الشقص (على أنه يقدر مهر المثل فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص)[5] .

فصل [١٢ - في أخذ الشقص في الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية] :

ويؤخذ الشقص في الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية ، لأن الواجب بالعمد القود وإنما تجب الدية بالتراضي أو بتعذر القود ، وليس كذلك

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢١ ، مختصر القدروي - مع شرح الميداني : ٢/ ١١٠ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م في هذا الفصل ، ويوجد هذا النقص بعد فصول قليلة قادمة .

(٣) انظر : المدونة : ٤/ ٢٢٤ ، الكافي ٤٤٤ .

(٤) انظر : الأم : ٤/ ٣ ، الأقناع ص ١١٧ .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق ، - وخلاصة هذا التعليل أن الشقص إذا كان مهرا فالشفعة فيه أن يؤخذ الشقص بقيمته لا بمهر مثله لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى ، لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع .

الخطأ لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها [1] ، ووجه قوله : في الهبة والصدقة إنه لا منفعة فيها ، اعتباراً بالميراث لأنه انتقال ملك بغير عوض ، ووجه إيجاب الشفعة فيها ، اعتبارها بالبيع بعلة أنه انتقال ملك باختيار .

مسألة [١٣ - إذا بيع مع الشقص عرض بثمن واحد] :

ومن باع صفقة واحدة شقصاً تجب فيه الشفعة ومعه عروض وحيوان فللشفيع أخذ شفعته بحصتها من الثمن ، وليس للمشتري أن يقول لا أدعك تفرق الصفقة[2] ، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه والمشتري دخل على تفريق الصفقة .

فصل [١٤ - لو اشترى أشقاصاً شفيعها واحد] :

لو اشترى أشقاصاً شفيعها واحد فأراد الشفيع أن يأخذ شفعته من واحد منها ويترك بقيتها لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري ، بخلاف الأولى [3] لأن الحق له في الجميع فهو المختار لتبعيض الصفقة على المشتري فلا يترك وذلك .

فصل [١٥ - من باع شقصاً وله عدة شفعاء] :

ومن باع شقصاً من رجل [4] وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلَّم سائرهم : فليس لمريد الشفعة إلا أن يأخذ الكل أو يترك [5] ، لأن الباقي إذا تركوا حصل الشقص كأنه ليس له إلا [6] شفيع واحد فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك ، ولو كان بعض الشفعاء حاضرا وباقيهم غائب فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك لأن تبعيض الصفقة غير جائز ما لم يرض

---

(١) انظر : المدونة : ٤/ ٢١٠ ، الكافي ص ٤٤٣ - ٤٤٤ .

(٢) انظر : المدونة : ٤/ ٢١٠ ، الكافي ص ٤٤٤ .

(٣) انظر : المدونة : ٤/ ٢١٠ -٢١١ ، الكافي ص ٤٤٤ .

(٤) من رجل : سقطت من م .

(٥) انظر : المدونة : ٤/ ٢١٠ ، التفريع : ٢/ ٣٠١ .

(٦) ليس له الا : سقطت من م .

المشتري ، وهو ممن له في الشفعة حق ، فإن أخذ الكل ثم قَدِمَ الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا لأن أخذ هذا الشفيع للجميع إنما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه ، ولأنه مشتر من المشتري ، وليس لمن يأخذ الشفعة تفريق الصفقة عليه .

مسألة [١٦ - الشفعة على التراخي أو على الفور ، وحكم شفعة الغائب] :

الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع ، مالم يترك ، أو يظهر منه ما يدل على الترك ، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة ، فإن كان غائباً فلا تنقطع شفعته ولو طالت غيبة ما طالت [(١)] ، وإن كان حاضرا فعنه روايتان [(٢)] : إحداهما أنه لا حد في بطلان الشفعة من المدة ، والأخرى أنه ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعدها ، وعند أبي حنيفة أنها على الفور [(٣)] كالرد بالعيب فإن أمسك عن المطالبة بها مع علمه وتمكينه [(٤)] منها بطلت ، وقول الشافعي الصحيح عن أصحابه مثل ذلك [(٥)] ، فدليلنا أن المطالبة بالشفعة حق للشفيع ، ومن له حق المطالبة في أي وقت شاء إلا أن يعلم منه ترك له ، هذا أصل بني عليه هذا الباب ولا ينتقض بأعيان المسائل ، ولأنه حتى في استيفاء مال لم يكن فيه تفريط أو تدليس فلم يجب المطالبة به على الفور ، وأصله الديون ، وفيه احتراز من الرد بالعيب ، ولأن في إيجابه المطالبة فورا ضرر على الشفيع ، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن ولا باع ما يحصل من جهته ، فيؤدي ذلك إلى تفويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك ، وكذلك قد يكون المشتري قد عمَّر وغرس

---

(١) ما طالت : سقطت من ق .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٧١٥ ، المدونة : ٤/٢٠٨ ، التفريع : ٢/٣٠١ ، الرسالة ص ٢٢٨ ، الكافي ص ٤٤٣ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٠ ، مختصر القدوري - مع شرح المداني - ٢/١٠٨ .

(٤) في م : وتمكنه .

(٥) انظر : الأم : ٤/٣ ، مختصر المزني ص ١٢٠ .

فيلزم الشفيع دفع القيمة [1] إليه ، فلا يجوز أن يثبت له حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضي تغريمه إياه ، وإنما قلنا إن الغائب لا تنقطع شفعته لقوله ﷺ : «فينتظر بها وإن كان غائباً» [2] ، ولأنه معذور ، ولأن تركه المطالبة لغيبته [3] ، ولا يمكنه غالباً المطالبة مع الغيبة .

فصل [١٧ - في توجيه القول في مدة الشفعة] :

فأما الحاضر فوجه القول بأن مدته سنة : فلأنه إذا ثبت أن المطالبة ليست على الفور ، وكان الأجل القريب في معنى الفور ، لأنه قد يكون له عذر في إمساكه عن المطالبة ليُحصّل الثمن وقيمة [4] عمارة إن كانت للمشتري فيخاف أن يؤخذ بوزن ما يلزمه في الحال وربما في الحال وربما لا يحضره ، فوجب ضرب مدة (له ليتسع لما يمكنه معه الأخذ ، وكانت السنة أولى الآجال بأن تحد لأنها تجمع ما تجتمع معه العلل في الصبر والأمهال ، وقد جعلت في الشرع حدا لأحكام عدة فكذلك في مسألتنا ، ووجه رواية التأبيد قوله : « الشريك أحق به » [5] ولم يعلقه بمدة ، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنايات .

فصل [١٨ - هبة الشفيع شفعته] :

إذا وهب الشفيع شفعته قبل وجوبها له) [6] لم يلزمه [7] لأنه لم يملك شيئاً يهبه ، ومن وهب ما لا يملك لم تصح هبته .

---

(١) في ق : الشيء .

(٢) أخرجه ابن ماجة في الشفعة باب الشفعة بالجوار : ٢/ ٨٣٣ ، وأبو داود في البيوع باب الشفعة : ٣/ ٧٨٩ والترمذي في الأحكام باب الشفعة للغائب وقال : حديث حسن غريب : ٣/ ٦٥١ ، وأحمد : ٣/ ٣٥٣ .

(٣) في ق : لقيمته .

(٤) في م : وفيه .

(٥) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٦) ما بين قوسين مطموس في ق .

(٧) انظر : المدونة : ٤/ ١٢١ ، التفريع : ٢/ ٣٠١ ، الرسالة ص ٢٢٨ .

فصل [١٩ - فيما إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أو طعام] :

إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمة ذلك العرض ، وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله [١] ، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذي عاوض المشتري به ، فإن كان مما له مثل لزم الشفيع مثله ، وإلا فقيمته لأن القيمة تقوم مقام المثل عند تعذره .

فصل [٢٠ - في عهدة الشفيع] :

عهدة [٢] الشفيع على المشتري [٣] دون البائع ، ودركه [٤] في الاستحقاق لازم للمشتري ، وعليه يرجع بالثمن ويرجع المشتري على البائع ، وسواء أخذ الشقص قبل قبض المشتري إياه أو بعده في حياة المشتري أو بعد موته [٥] ، وقال ابن أبي ليلى : العهدة على البائع في كل وجه ، وقال أبو حنيفة : هي على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشتري [٦] .

فدليلنا أن الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع وذلك أن المبيع حصل في ملك المشتري بنفس العقد المطلق ، ومنه يتلف قبل القبض وبعده ، وإن حصل الأيجاب من البائع والقبول من المشتري فقد صح أن يأخذ من المشتري بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه .

---

(١) انظر : المدونة : ٢١٩/٤ ، التفريع : ٣١٢/٢ ، الكافي ص ٤٤٢ .

(٢) العهدة : مشتقة من العهد ، والعهد هو الأمان والموثق والذمة والحفاظ ومن لزمته العهده لزمه الوفاء بموجبها (الصحاح : ٥١٥/٢) .

(٣) يعني أن عهد الشفيع باعتبار الثمن ، والرد بالعيب والاستحقاق وشبه ذلك (الفواكه الدواني : ١٦٧/٢) .

(٤) الدرك : اللحوق والوصول (الصحاح : ١٥٨٢/٤) ومنه ضمان الدرك في عهدة المبيع ، وضمان الدرك عند الفقهاء هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع .

(٥) انظر : المدونة : ٢٠٩/٤ ،التفريع : ٣٠٢/٢ ، الرسالة ص ٢٢٨ ، الكافي ص ٤٤٤ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٣ ،مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١١٢/٢ .

فصل [٢١ - في كون الإقالة لا تسقط الشفعة] :

الإقالة لا تسقط الشفعة [١] ، لأنها بيع حادث بعد تقرر الملك للمشتري ووجوب الشفعة للشفيع ، فأشبهت بيعها [٢] من غير البائع . وقد اختلف قوله على من تكون العهدة بعد الاقالة ، فقال : تكون على المشتري وتبطل الاقالة ، ووجه ذلك ما ذكرناه من اعتباره ببيعه من غير البائع أن للشفيع الأخذ بأول البيعتين ويبطل ما بعده ، وقال هو بالخيار إن شاء كتبها على البائع وإن شاء على المشتري ، وهذا لأن الشفعة تجب له بالصفقتين بأي ذلك شاء أخذ ، والعهدة على من يأخذها منه .

فصل [٢٢ - إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً] :

إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم ثم أراد الأخذ بالشفعة فله أخذها بأي الصفقات : فإن أخذها بآخر صفقة صح ما تقدم من الصفقات ، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها (وترادوا بأصل الأثمان وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت ، وإن أخذها) [٣] بوسطها صح ما قبلها وبطل ما بعدها [٤] .

مسألة [٢٣ - إذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة] :

وإذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ أو ترك ليتمكن المشتري مما يريده من البناء والهدم والغرس وغير ذلك مما يتصرف المُلاك في أملاكهم [٥] .

---

(١) انظر : التفريع : ٣٠٢/٢ ، الكافي ص ٤٤٤ .

(٢) في م : بيعاً .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) انظر : التفريع : ٣٠٣/٢ ، الكافي ص ٤٤١ .

(٥) انظر : التفريع : ٣٠٣/٢ ، الكافي ص ٤٤٢ .

فصل [٢٤ - في منع هبة الشفعة أو بيعها] :

ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها [١] ، لأن الشريك إنما جُعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد [٢] شركته ولا عرف معاملته ، وربما طلب [٣] بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق ، فيلحقه في ذلك ضرر وهذا معنى يختص الشريك به لا يوجد في غيره ، ولأنه إذا رضي بقطع حقه من تملك الشقص كان المشتري أولى بثبوت ملكه عليه .

فصل [٢٥ - إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع] :

إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع : فإن شاء أخذ بالثمن وقيمة البنيان والغراس قائماً يوم يأخذه ، وإن شاء ترك [٤] ، وقال أبو حنيفة يأخذها بالثمن ويجبر المشتري على قلع البناء والغراس إلا أن يكون زرعاً يترك إلى أن يحصد [٥] ، فدليلنا قوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق » [٦] وهذا ليس عرق ظالم ، ولأنه غرس أو بناء في ملك صحيح يملك نفعه فلم يستحق عليه إتلافه أصله ما لا [٧] يستحق عليه فيه شفعة ، وإنما قلنا إن القيمة يوم الأخذ لأنه في ذلك الوقت يحصل منه مشترياً له فاستحق العرض عليه حينئذ .

فصل [٢٦] :

ويتصور ذلك بوجوه منها أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع فطالبه شريكه بالبناء

---

(١) انظر : المدونة : ٢١٦/٤ ، التفريع : ٣٠١/٢ ، الرسالة ص ٢٢٨ ، الكافي ص ٤٣٩ .

(٢) في ق : من لم يعتد .

(٣) في م : طالبه .

(٤) انظر : المدونة : ٢٣٦/٤ ، الكافي ص ٤٤٢ -٤٤٣ ، المقدمات : ٧١/٣ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٣ - ١٢٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ١١٩/٢ .

(٦) سبق تخريج الحديث .

(٧) في م : ألا .

والغرس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك ، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فبنى [(١)] وغرس ثم علم بذلك ، ومنها أن يكون الشفيع غائباً فأذن الحاكم للمشتري في البناء والغرس ثم جاء الشفيع .

فصل [٢٧ - في أخذ الشفيع النخل بثمرها] :

ولو بيعت نخلة بثمرها فإن الشفيع يأخذها مع ثمرتها قائمة كانت أو مجذوذة وللمشتري ما سقى وأنفق [(٢)] ، وقال أبو حنيفة : إن كانت قائمة في رؤوس النخل أخذها مع الأصل فإن كانت قد جذت الأصل بقسطه من الثمن [(٣)] ، وقال الشافعي : لا يأخذ الثمرة على وجه [(٤)] ، فدليلنا أن الثمرة ثابتة في أصل المبيع غير مزايلة [(٥)] له قد ضمنه الصفقة من غير فعل آدمي فكانت الشفعة ثابتة فيها كالشجر .

مسألة [٢٨ - إرث خيار الشفعة] :

خيار الشفعة موروث [(٦)] ، خلافاً لأبي حنيفة [(٧)] ، لقوله ﷺ : « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته » [(٨)] ، ولأنه خيار لدفع الضرر عن ماله فجاز أن يقوم فيه

---

(١) في ق : ببناء .

(٢) انظر : المدونة : ٤/ ٢٢١ ، التفريع : ٢/ ٣٠٢ ، الكافي ص ٤٤٣ ، المقدمات : ٣/ ٧٥ .

(٣) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ١١٩ - ١٢٠ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٥٩ .

(٤) انظر :مختصر المزني ص ١٢٠ ، المهذب : ١/ ٣٧٧ .

(٥) المزايلة : هي المفارقة (انظر الصحاح : ٤/ ١٧٢٠) .

(٦) انظر :المدونة : ٤/ ١٦ ، الموطأ : ٢/ ٧١٥ ، الكافي ص ٤٤٠ ، المقدمات : ٣/ ٦٨ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٢٣ ومختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١١٣ .

(٨) أخرجه البخاري في الكفالة باب الدين : ٣/ ٦٠ ، ومسلم في الفرائض باب من ترك مالاً فلورثته : ٣/ ١٢٣٧ .

وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب ، ولأنه حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثا كثمر الشجر ونماء الماشية .

فصل [٢٩ - متى تتم شفعة الخيار] :

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة حتى يتم البيع ويحصل الاختيار [١] ، وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع فلا شفعة وإن كان للمشتري وجبت الشفعة [٢]، وإنما قلنا لا شفعة قبل انبرام الخيار اعتباراً به لو كان الخيار للبائع ، ولأن الشفعة تستحق بتمام العقد ، وما لم يقع الخيار فالعقد غير تام ، بدليل أن المشتري ربما لم يشتر فردَّ الشقص .

فصل [٣٠ - إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل] :

إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل : فإن شاء [٣] الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى أجل إن كان ثقة مليا أو أتى بثقة مليء يضمن الثمن عنه عند [٤] الأجل [٥]، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس له أخذه إلا بالثمن حالاً أو الانتظار إلى أن يحل فيأخذه بالنقد [٦] ، ودليلنا أن الشفعة تستحق بمثل الثمن الذي بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة ولا مرفق بدليل أنه لو اشترى بغلة لم يأخذ صحاحاً ، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة ، ولو ألزمنا الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشتري ، لأن العرف جارٍ بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة ، ولأن المشتري لايلزمه أن ينقد ،

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/ ٧١٤ و ٧١٧ ، الكافي ص ٤٣٩ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١١٤ .

(٣) في ق : حاء .

(٤) في م : عند وجوب الأجل .

(٥) انظر : المدونة : ٤/ ٢١٨ - ٢١٩ ، الموطأ : ٢/ ٧١٥ .

(٦) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/ ١٢٠ ، مختصر المزني ص ١٢٠.

فلا يلزم الشفيع إلا مايلزم المشتري ، وإن منعناه الأخذ إلى المدة أضررناً به طول تلك المدة فلم يبق إلا ماقلناه .

فصل [٣١ - الشفعة في الحمام] :

واختلف عنه في الحمام : ففيه روايتان [١] : إحداهما وجوب الشفعة ، والأخرى سقوطها وذلك مبني على وجوب قسمته ، فالشفعة تتبع القسمة في الأثبات والنفي [٢] .

فصل [٣٢ - الشفعة في العقار الذي لا ينقسم] :

وقد اختلف قوله : في العقار الذي لا يقسم [٣] إذا طلب الشريك الشفعة : فقال : فيه الشفعة ، وقال لا شفعة إلا فيما ينقسم [٤] ، فوجه إثباتها قوله ﷺ : « الشفعة في كل شرك » [٥] ، ولأنه عقار كالذي ينقسم ، ووجه نفيها قوله ﷺ: « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » [٦] فنبَّه على اعتبار المقسوم، ولأن كل مبيع لا ينقسم فلا تدخله الشفعة كالثوب والعبد .

فصل [٣٣ - في شفعة أهل الذمه] :

للذمي الشفعة فيما باع شريكه المسلم [٧] ، خلافاً لأحمد وداود [٨] لقوله ﷺ: « الشفعة في كل شرك رَبْعَةٍ أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على

---

(١) انظر :المدونة : ٤/ ٢٢٤ ، الكافي ص ٤٣٦ .

(٢) في ق : النهي .

(٣) في م : لا ينقسم .

(٤) أي أن فيه قولين انظر : المدونة : ٤/ ٢٢٤ ، التفريع : ٢/ ٣٠٠ ، الكافي ص ٤٣٦ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ١٢٦٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ١٢٦٧ .

(٧) انظر المدونة : ٤/ ٢٠٥ ، الكافي ص ٤٣٨ .

(٨) انظر : مسائل الإمام أحمد - برواية ابنه عبد الله - ٢٩٨ ، مختصر الخرقي ص ٧٦، المحلى : ١٠/ ٢٥ .

شريكه فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن »[1] فعم ، ولأنه حق موضوع لإزالة الضرر عن الملك فاستوى فيه المسلم والكافر كالرَّد بالعيب .

مسألة [٣٤ - إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن] :

إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن : فالقول قول المبتاع لأنه مدعي عليه والشفيع مدع لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه بدون ما يذكره ، فكان على المشتري اليمين[2] فإن حلف فإما أخذ الشفيع ما حلفه عليه وإلا ترك ، وإن نكل حلف الشفيع وأخذ ما يدعيه ، وكل ذلك إذا كان التداعي فيما يشبه[3] فإن أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول مدعي المشبه مع يمينه لأن العرف يصدقه ويكذب خصمه ، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن لكونه ملكا لا يبالي فيما يبذل ، أو جاراً يزيد في الثمن لحاجته إلى الشقص ، وما أشبه ذلك ، فإن العرف يُجوِّز فيه ذلك ، فإن أقام أحدهما بينة ثبت له ما يدعيه مما تشهد به فإن أقام الآخر[4] بينة حكم بأعدلهما على ما يبينه ، فإن تكافئا سقطتا وعاد الأمر إلى أن القول قول المبتاع مع يمينه[5] .

فصل [٣٥ - إذا حط البائع عن المبتاع شيئاً من ثمن الشفعة] :

إذا حط البائع عن المبتاع شيئاً من ثمن الشفعة[6] نظر : فإن كان مثلها مما حط في البيوع والباقي يشبه أن يكون ثمنا للشقص وجب حطه عن الشفيع ، وإن كان شيئاً متفاوتا لا يصلح أن يكون الباقي[7] ثمنا للشقص فذلك هبة لا[8] توضع

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ١٢٦٧ .

(٢) في ق : الثمن .

(٣) أي بما يشبه أن يكون ثمنا للشقص .

(٤) الآخر : سقطت من م .

(٥) انظر : المدونة : ٤/٢٠٨ ، الكافي ص ٤٤٤ .

(٦) في م : الشقص .

(٧) في ق : الثاني .

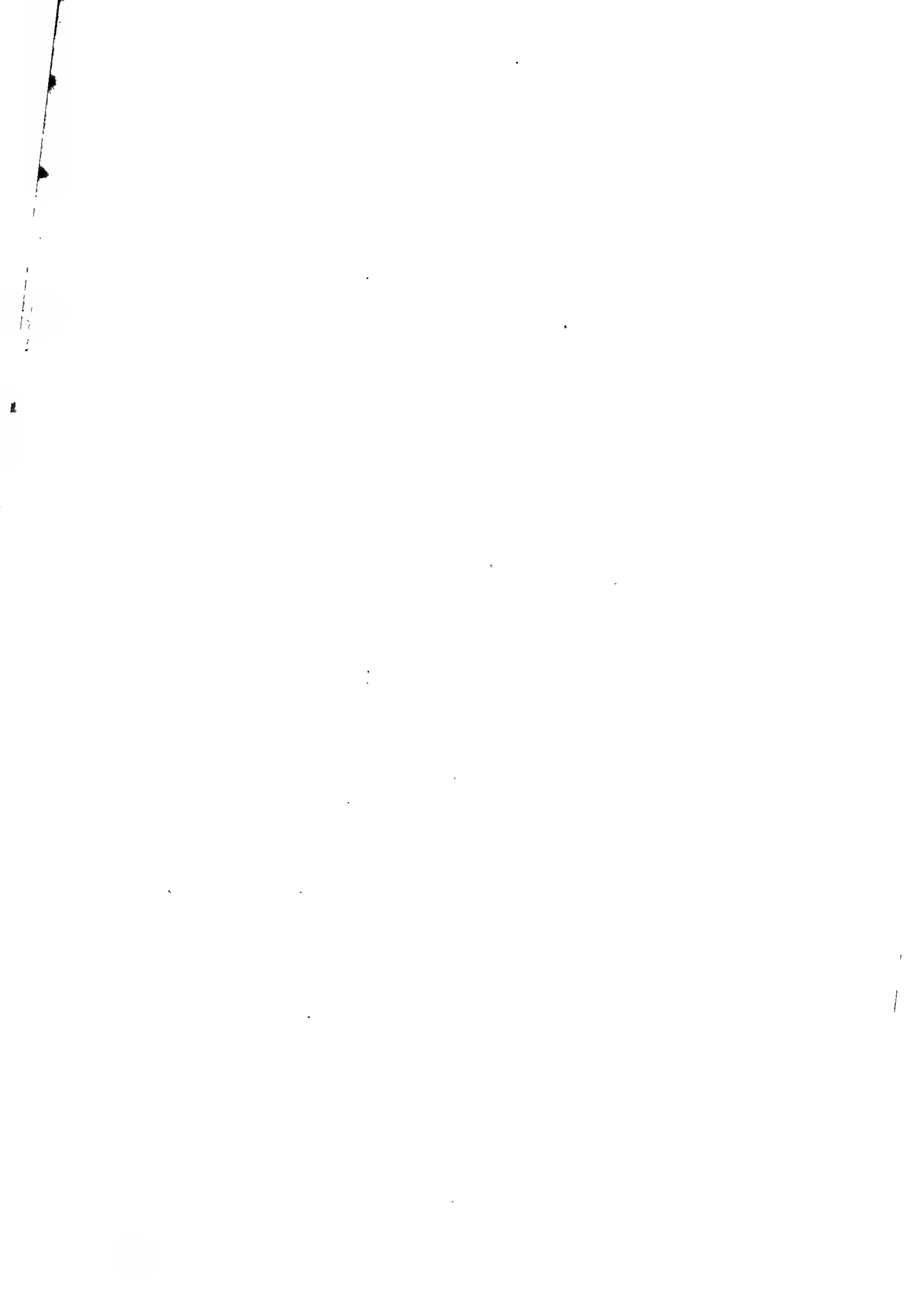
(٨) في ق : كما .

عن الشفيع ، وسواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعده [1] ، وقال الشافعي: لا يحط عن الشفيع شيئا أصلاً [2] ، فدليلنا أن الذي يلزم الشفيع أن يؤدي إلى المشتري ما عاوض على الشقص ، والذي عاوض عليه هو مادونه دون ما يحط عنه ، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهره لم يكن الثمن فإن الثمن هو ما بقي بعد الحطيطة ، فإذا وضع مالاً يشبه في الباقي أن يكون ثمناً فإنا نعلم أن ذلك هبة لا تتعلق باستغلاء الشقص واستصلاح ثمنه فلا يحط عن الشفيع .

* * *

(١) انظر : المدونة : ٢١٢/٤ ، الكافي ص ٤٤٢ .

(٢) انظر : مختصر المزني ، ١٢٠ - ١٢١ ، المهذب : ٣٨٥/١ .



(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)[1]

كتاب القسمة [2]

الأصل في القسمة [3] قوله تعالى : ﴿ وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين ﴾[4] الآية ، وقوله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [5] وما روي عن قسمته ﷺ الغنائم وإسهامه بين العبيد المعتقين في المرض [6] وقوله ﷺ : « كل مال أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية وما أدركه قسم [7] الأسلام فهو على ، قسم الأسلام » [8] و لأن أحدا لا يجبر على مشاركة غيره إذا لم يخترها .

فصل [١ - فيما يصح قسمه] :

الأعيان المملوكات ضربان : ضرب يصح قسمه وضرب لا يصح قسمه ،

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) القسمة : في اللغة الفرز وتجزئة الشيء (معجم مقاييس اللغة : ٥/٨٦ ، المصباح المنير ص ٥٠٣) ، وفي الاصطلاح : تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض (حدود ابن عرفه ص ٣٧٢) .

(٣) انظر : المدونة : ٤/٢٤١ ، التفريع : ٢/٢٩٦ ، الكافي ص ٤٤٥ ، المقدمات ٣/٩١ .

(٤) سورة : النساء الآية ، ٨ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ص ١٢٦٧ .

(٦) أخرجه مسلم في الأيمان باب ما أعتق شركاً له في عبد : ٣/١٢٨٨ .

(٧) قسم : سقطت من م .

(٨) أخرجه مالك : ٢/٧٤٦ ، وأبو داود في الفرائض باب فيمن أسلم على ميراث : ٣/٣٣٠ ، وابن ماجة في الرهون باب قسمة المال : ٢/٨٣١ ، وأخرجه الشافعي عن الإمام مالك .

فالذي لا يصح قسمه هو : الثياب ، والحيوان ، والرقيق ، والعروض وغيرها فهذا يصح قسمة النوع منه دون الأعيان ، ولا يصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد والدابة والسفينة وما في حكم العين الواحدة كالخفين والنعلين والبابين وكل ما في قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به ، فهذا النوع لايصح قسم العين منه (1) لأن القسمة هي في إقرار الحقوق وأن يميز الأنسان حقه وينفرد به فينتفع به (2) على ما يريده ، وقسم هذه الأعيان يفيتها هذا المعنى فيجب منعه ، ولأن طالب قسمة العبد والدابة والثوب والسطل وما أشبهه كأنه يقول أريد أن أتلفه على شريك ملكه وأبطل عليه الأنتفاع به ولا أبالي إن أدى ذلك إتلاف ملكي فلا يُمكَّن من ذلك .

فصل [٢ - إذا تشاح الشريكان فيما لايصح قسمته] :

إذا ثبت أن قسمة كل واحد من هذه الأعيان لا يصح بانفرادها فإذا تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياع وأراد أحدهما البيع فله ذلك فإن أجابه الآخر أن يبيع حصته معه جاز ، وإن أبى أجبر على البيع معه (3) ، لأن في بيع (4) هذا حصته عنه وحده (5) ضررا عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال أن الشريك غير مختار لإخراج ملكه ، ولا يجبر عليه لأنه إذا تعلق بذلك حق لغيره أجبر عليه ولم يلتفت إلى اختياره كالشفعة ، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الأنفراد منهما بحقه أن ينفرد به ، فإن أمكن بالقسمة (6) وإلا بالبيع لأنه لا طريق له إلا ذلك ، فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع بما دفع به كان له ذلك لإزالة الضرر عنه إلا إن

---

(1) انظر : المدونة : ٤/٢٤٢ - ٢٤٨ ، التفريع : ٢/٢٩٦ ، المقدمات : ٣/٩٤-٩٥ .

(2) فينتفع به : سقطت من ق .

(3) انظر : التفريع : ٢/٢٩٦ ، الكافي ص ٤٤٩ ، المقدمات : ٣/٩٨ - ٩٩ .

(4) في م : منع .

(5) وحده : سقطت من م .

(6) في ق : بالقيمة .

شاء الشريك بيع حصة مشاعة فلا [1] يلزم بيع حصتة معه ، فإن اختار أن يتقاوما رقبة المبيع ، فإن زاد على صاحبه سلمه الآخر له ، هذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده .

فصل [٣ - قسمة الذي تنقسم أعيانه] :

فأما الذي ينقسم أعيانه كالعقار والرباع فما أمكن قسمه منها ولم يعد بالضرر وإتلاف حصة أحد الشركاء قسم بينهم ،وما لا يمكن قسمه إلا بلحوق الضرر لجماعتهم وأن يصير لكل واحد ما لا ينتفع له فلا يجوز قسمه لأن ذلك إضرار بنفسه وشركائه ، وإن كان تصير لأحد الشركاء ما ينتفع به فطالب بالقسمة وفي القسم إبطال انتفاع الباقي بحصصهم ، وقد قيل إن العقار إذا كان مما ينقسم قسم على كل حال إذا دعي بعض الشركاء إلى القسمة [2] .

فوجه القول بأنه يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به أن القسمة هي تمييز الحقوق فمن دعي إليها كان له ذلك اعتباراً به إذا حصل للآخر ما ينتفع به ، ولأنه يقول أريد أن أنفرد بملكي وليس عليَّ شيء من غيري فيكون له ذلك ، ووجه القول إنه لا يقسم قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » [3] وهذا من الاضرار ، ولأن قسم رقاب العروض والحيوان إنما امتنع لهذا المعنى .

فصل [٤ - في أوجه القسمة] :

والقسمة في الأصل على ثلاثة أوجه : قسمة مهاياة : وهي أن يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دارا يسكنها وهذا أرضا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباها ، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة للرقاب ، وقسمة بيع : وصفتها أن يأخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ أحد الشريكين دارا

---

(١) في م : فلم .

(٢) انظر : المدونة : ٤/٢٤١ - ٢٤٢ ، التفريع : ٢/٢٩٦ ، الكافي ص ٤٤٩ ، المقدمات : ٣/ ٩٤ -٩٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

أخرى أو بستاناً أو دكاناً فهذه قسمة جائزة [1] ، لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى ، والثالث قسمة قيمة وتعديل: وذلك إذا كانت الدار مختلفة البناء ، والبستان مختلف الغراس يختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر وبسط فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم ، وصفة ذلك تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة فربما كانت جريب من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع آخر [2] على حسب اختلاف قيم الأرض في مواضعها ، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه ، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه [3] .

ووجه ذلك : أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر : فإن تراضوا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقين من الطرف الآخر جاز ، وإن تشاحوا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له بسهم من جهة كانت له ، فإن اختلفوا بأي [4] الجهات يبدأ في الأسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه ، وصفة القرعة : أن يكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة في جهة فمن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة ، وقيل تكتب الأسماء وتكتب الجهات (ثم يخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات)[5] فيعطى من خرج اسمه نصيبه من تلك الجهة .

---

(١) في م : زائدة .

(٢) في ق : في حكم آخر .

(٣) انظر : المدونة : ٢٤١/٤ ، التفريع : ٢٩٧/٢ ، الكافي ص ٤٤٥ - ٤٤٦ ، المقدمات .

(٤) في ق : في أي .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

فصل [٥ - في قسمة الدور والدكاكين والضياع] :

إذا أراد الشريك قسمة دور أو دكاكين [١] أو ضياع : فطلب بعضهم القسم [٢] له بحقه في كل دار أو دكان ، وطلب الباقون القسمة على العدد نظر : فإن كان المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متصلة أو متقاربة ورغبة الناس فيها غير متباعدة قسمت على العدد ، وإن كانت المنافع مختلفة والمواضع متصلة (والمنافع متساوية والمواضع) [٣] متباعدة قسمت كل دار على حدة [٤] ، وقال أبو حنيفة والشافعي: يقسم في الوجهين كل دار على حدتها [٥].

ودليلنا أن القسمة بالعدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر [٦] وأعود بالصلاح لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقلّ الأنتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعهم بها فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إيثارا للاضرار [٧] بنفسه وبالشريك فلا يترك وذلك [٨] ، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لايمكن فيها إلا قسمة كل عين ، فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيح والنضح والدار للسكنى والأرض للزرع فإن كل ملك يقسم على حدة لاختلاف الأغراض فيه ولحوق الضرر بقسمتها على العدد ، وكذلك اختلاف المواضع قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع .

---

(١) في ق : دكان .

(٢) في م : أن يقسم .

(٣) مابين قوسين سقط من ق .

(٤) انظر : المدونة ٤/٢٤١ و ٢٤٤ و ٢٦٦ و ٢٧١ ، التفريع : ٢/٢٩٧ ، الكافي ٤٤٨- ٤٥٠ ، المقدمات ٣/٩٨ - ٩٩ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤١٠ ، المهذب : ١/ ٣٨٤ .

(٦) في م : عن الأضرار .

(٧) في ق : للضرورة .

(٨) في ق : وكذلك .

فصل [٦ - في قسمة الحمام والرحى ..] :

الحمام والرحى وكل ما لا يحتمل القسم إلا أنه إذا قسم بطل الانتفاع به من ذلك الوجه وإن كان ينتفع به لغيره ففي قسمه روايتان [(١)] : فإذا قلنا يقسم فإن [(٢)] الانتفاع يحصل بقسمه ما أشبه سائر العقار ، وإذا قلنا لا يقسم لأن في قسمه إبطال المنفعة المقصودة منه وإتلافها وذلك ضرر فلم يجز .

فصل [٧ - في أجرة القسام] :

أجرة القسام على الرؤوس دون الأنصباء [(٣)] ، خلافاً للشافعي في قوله : إنها[(٤)] على الأنصباء [(٥)] ، لأن اختلاف المقادير لا توجب زيادة في فعل [(٦)] القاسم بزيادة السهم بل التعب فيه واحد بل ربما تعب بتميز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب بتميز الكثير ، يبين ذلك أن الدار تكون فيها ثلثان وثمن فيحتاج إلى قسمتها أثماناً ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه ، والأجرة تستحق على حسب العمل في الكثرة والقلة فإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر [(٧)] في زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر في القليل مثل تأثيره في الكثير أو أكثر وجب إطراح هذا الاعتبار وأن يكون معتبرا بعدد [(٨)] الرؤوس .

فصل [٨ - في القول بأنه يقسم على أقل السهام] :

وإنما قلنا يقسم على أقل السهام لأن صاحب السهم القليل يحتاج إلى إفراد

---

(١) انظر : المدونة : ٤/ ٢٦٩ ، التفريع : ٢/ ٢٩٨ ، الكافي ص ٤٤٧ -٤٤٨ .

(٢) في ق : فكان .

(٣) انظر : المدونة : ٤/ ٢٧١ ، التفريع : ٢/ ٢٩٧ ، الكافي ص ٤٥٠ .

(٤) في ق : انه .

(٥) انظر : المهذب : ٢/ ٣٠٧ .

(٦) في ق : فصل .

(٧) في م : لا يؤثر .

(٨) في م : بعدة .

حقه فلو لم يقسم على أقل السهام لم يصل إلى غرضه ، وليس في ذلك إضرار بصاحب السهم الكبير لأنه يستوفي حقه متصلا ولا يحتاج معه إلى استئناف قسمةلصاحب السهم القليل .

فصل [٩ - إذا اشترك جماعة في سهم] :

وإذا اشترك جماعة في سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسماً واحدا ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا [(١)] ، لأن القسم على قدر أهل السهام وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد فإذا انفردوا بسهمهم صار لهم حكم أنفسهم ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهمهم لايدخل عليها [(٢)] أهل سهم آخر .

* * *

---

(١) انظر : المدونة ٤/ ٢٧١ و ٢٧٧ ، التفريع : ٢/ ٢٩٧ ، الكافي ص ٤٤٦ - ٤٤٧ .

(٢) عليها : سقطت من م .

باب اللقيط [1]

لا يتبع الصبي أمه في الإسلام خلافاً لابن وهب [2] ، وإليه ذهب أبو حنيفة والشافعي [3] ، لأنه يتبع في الذمه أباه دون أمه فكذلك في الإسلام ، ولأن كل من لايتبعها في عقد الذمة لم يتبعها في عقد الإسلام كالجد والعم .

فصل [١ - في إسلام الصغير بإسلام أبيه] :

والصغير مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه خلافاً لأبي حنيفة [5] ، لأنه غير مكلف كالمجنون ، ولأن كل من يتبع غيره في الإسلام لم يصح إسلامه بنفسه كالذي يقصر عن التمييز .

فصل [٢ - لا يتبع اللقيط بما أنفق عليه] :

ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه فهو متطوع ، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه [6] به فليس ذلك له إما أنفق عليه محتسباً وإما تركه [7] ، وإنما قلنا ذلك لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانته فليس له أن يجعل عليه دينا ، وسواء استأذن الإمام في أن ينفق عليه أم لم يستأذنه ، خلافاً لمن يقول أنه يتبعه إذا استأذن الإمام لأنه ليس للحاكم أن يلزم ذمم الصغار ديوناً يتبعون بها مع الغنى عنها ، لأن النفقة على أمثال هؤلاء يكون على وجه الحسبة .

---

(١) اللقيط : هو صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه (حدود ابن عرفه ص ٤٣٣) .

(٢) انظر : الموطأ : ٢/٧٣٨ - ٧٤١ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين : ٣/٢٤٩ ، مختصر المزني ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

(٤) انظر : مواهب الجليل : ٦/٨١ - ٨٢ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين : ٣/٢٤٩ و ٥/٤٩١ .

(٦) في م : يبيعه .

(٧) انظر : مواهب الجليل وحاشية المواق : ٦/٨٠ - ٨١ .

فصل [٣ - ميراث المنبوذ لبيت المال] :

وميراث المنبوذ [١] لبيت المال [٢] ، لأنه مسلم لا وارث له وليس لملتقطه شيء من ميراثه ، لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه ، والله أعلم وأحكم .

* * *

[انتهى الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث إن شاء الله]

---

(١) المنبوذ : هو الصبي المطروح ، وهو اللقيط (المصباح المنير ص ٥٩٠) .

(٢) انظر : الموطأ : ٧٤١/٢ ، التفريع : ٢/ ٢٣٧ .

المعونة

على مذهب عالم المدينة
«الإمام مالك بن أنس»

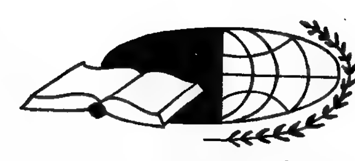
تأليف
القاضي عبد الوهّاب البغدادي
٤٢٢ هـ

تحقيق ودراسة
حميش عبد الحقّ

والكتاب في الأصل رسالة دكتوراه من جامعة أمّ القرى بمكّة المكرّمة

الجزء الثالث

الناشر
المكتبة التجارية
مكّة المكرّمة



المكتبة التجارية

مصطفى أحمد الباز

مكّة المكرّمة : المركز الرئيسي : ٥٧٤٩٠٢٢ ـ فاكس : ٥٧٤٥٠٤٤

فرع النزهة : ٥٤٥٩٨٥٠ ـ فرع الجامعة : ٥٥٨١٥٨٤ ـ المستودع : ٥٣٧٢٣٧٤



المعونة

على مذهب عالم المدينة

«الإمام مالك بن أنس»



(بسم الله الرحمن الرحيم) [١]

كتاب الجراح [٢]

الأصل في القصاص [٣] قوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى .. إلى قوله ... ولكم في القصاص حياة ﴾ [٤] وقوله ﴿ والجروح قصاص﴾[٥] وقوله ﷺ : « العمد قود كله إلا أن يعفو ولي المقتول [٦] وقوله : « من قتل له قتيل فأهله بخير النظرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية » [٧] ، فإذا ثبت ما ذكرناه فلا يجب القصاص إلا بأحد ثلاثة أوجه : إما ببينة ، أو باقرار، أو بقسامة ، وبيان ذلك يأتي فيما بعد إن شاء الله [٨] .

* * *

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) الجراح : مأخوذة من الجوارح لأنها لا تفعل إلا بها فكل من جنى جناية أو جرح جرحاً أو اذنب ذنباً أو اكتسب إثماً بيده أو بلسانه أو بجارحة من جوارحه فهو جارح في اللغة ، أما في الاصطلاح فقد عرفها الرصاع بقوله : هو تأثير الجناية في الجسم . (انظر : المقدمات ٣/ ٣٢١ ، وشرح الرصاع على ابن عرفة ٤٧٩) .

(٣) القصاص : سمي قصاصا لأنه يقص الخصومات أي يقطعها (غرر المقالة : ٢٣٨).

(٤) سورة البقرة ، الآيتين : ١٧٨ - ١٧٩ .

(٥) سورة المائدة ، الآية :٤٥ .

(٦) أخرجه الدارقطني : ٣/ ٩٤ ، وابن أبي شيبة :٩/ ٣٦٥ ، والطبراني في معجمه واسحق بن راهوية (انظر نصب الراية :٤/ ٣٢٧) .

(٧) أخرجه البخاري في الدياب باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين :٨/ ٣٨ ، ومسلم في الحج باب تحريم مكة وصيدها : ٢/ ٩٨٨ .

(٨) في م : يأتي بعد .

باب [- اشتراط تكافؤ الدماء في القصاص]

الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ [١] الدماء ، فإذا قتل شخص شخصاً ودماؤهما متكافئة جاز أن يجري بينهما القصاص ، وإن كان أحدهما ناقصاً عن الآخر كان القصاص للأعلى منهما على الأدنى ولم يكن [٢] للأولى على الأعلى، والتكافؤ معتبر بالمساواة في الدين والحرمة الراجعة [٣] إلى الحرية : فلا يقتل مسلم قصاصاً بكافر ولا ذمي ولا معاهد ولا كتابي ولا وثني كان المسلم [٤] القاتل حراً أو عبداً ، ولا يقتل حر بعبد لا بعبد نفسه ولا بعبد غيره ولا بمدبر ولا بمكاتب ولا أم ولد ولا من فيه بقية رق ، فإن قتل الكافر مسلما أو العبد حراً قتل به ، ويقتل اليهودي بالنصراني والنصراني باليهودي ، والكفر في ذلك ملة واحدة ، ودماء بعضهم مكافئة لدم بعض .

وإذا قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل لم يسقط عنه القود ، وكذلك العبد إذا أعتق وقد قتل عبداً ، وإذا جرح الكافر مسلما أو قطع طرفه لم يقتص منه وكانت له الدية عليه ، وقد قال [٥] : يجتهد السلطان في ذلك ، ويحتمل على هذه الرواية القود ، وإذا جرح العبد حرا أو قطع يده لم يستقد منه ، ويحتمل على ما قدمناه أن يقاد منه وهو الصحيح .

ودم المرأة مكافيء لدم الرجل وإن تفاضلا في الديات ، وجرحها مكافيء لجرحه فيقتص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل في النفس ومادونها من الأطراف

---

(١) في م : بتكافيء .

(٢) في ق : ولم يبق .

(٣) في ق : الواجبة .

(٤) المسلم : سقطت من م .

(٥) يعني الإمام مالك .

والجراح ، ويقتل الرجل بالمرأة وبجماعة النساء وتقتل المرأة بالرجل وبجماعة الرجال ، ولا يجب أخذ شيء من الدية ولاردها .

ودماء العبيد متكافئة وتقتل منهم الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة ، والقصاص جار بين الأقارب كجريه بين الأجانب يقتص للأخ من أخيه ، ولابن الأخ من عمه وللعم من ابن أخيه ، وكذلك الأقرباء سوى الأب فإنه إن قتل ابنه حذفا [1] فادعى أنه أراد أدبه وأشبه أن يكون كما أدعاه فلا قود عليه وتلزمه الدية مغلظة في ماله ، وأما إن أضجعه فذبحه أو شق جوفه أوفعل به فعلاً يعلم أنه عمد به قتله به فإن عليه القود له إذا تكافأت دماؤهما ، ولو قال في الحرب أو ما يقبل معه ادعاؤه أراده غير العمد أني تعمدت به قتله قتل به ، وحكم الأم والجد في ذلك بحكم الأب ، وقال أشهب لا يقتل أب بابن وعليه الدية ، ومن تعمد قتل امرأته أو جرحها اقتص لها منه [2] .

فصل [١ - في كون تكافؤ الدماء معتبر في القصاص] :

وإنما قلنا إن تكافأ الدماء معتبرة في القصاص لقوله ﷺ : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » [3] ، ولإجماعهم على منع قتل المسلم بالمعاهد والمستأمن ، وللاتفاق على وجوب اعتبار ذلك [4] .

---

(١) حذفا : أي قطعا (المصباح المنير : ١٢٦) .

(٢) في جملة هذه الأحكام أنظر الموطأ : ٢/٨٧٢، المدونة : ٤/٤٤٤ ، التفريع : ٢/٢١٦ ، الرسالة :٢٣٨-٢٣٩ ، الكافي : ٥٨٧ ، المقدمات : ٣/٣٣٧ .

(٣) أخرجه أبو داود في الجهاد باب في السرية ترد على أهل العسكر : ٣/١٨٣ وابن ماجة في الديات باب المسلمون تتكافأ دماؤهم : ٢/٨٩٥ ، والنسائي في القسامة باب القود بين الأحرار والمماليك :٨/١٩ ، والبيهقي ، وأحمد :٢/٢١١ ، والحاكم :٢/١٤١ ، وقال : صحيح على شرط الشيخين .

(٤) انظر : بداية المجتهد :٨/٤١٨ ، المغني :٧/٦٥٢ .

فصل [٢ - في منع قتل المسلم بالكافر] :

وإنما منعنا قتل المسلم بالكافر ، خلافا لأبي حنيفة [(١)] ، لقوله ﷺ : «المسلمون تتكافأ دماؤهم » [(٢)] فدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ، وقوله : «وهم يد على من سواهم » [(٣)] ، وقوله : « لا يقتل مسلم [(٤)] بكافر » [(٥)] وهذا نص ، ولأنه ناقص بالكفر كالحربي والمستأمن ، وإنما قلنا لا يقتل حر بعبد، خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه يقتل بعبد غيره [(٦)] ، ولداود في قوله إنه يقتل بعبد نفسه وعبد غيره [(٧)] ، لقوله ﷺ : « لايقتل حر بعبد » [(٨)] ،ولأنه ناقص بالرق، ودليله إذا كان مملوكاً لقاتله ، ولأنه نوع من القصاص فلم يستحقه العبد على الحر كالأطراف .

وإنما سوينا بين العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لبقاء أحكام الرق فيهم ، وذلك يمنع تساوي الحرم ، ولأن أحكام الرق أغلب عليهم بدليل نقصان طلاقهم وحدودهم ومنعت شهادتهم فكذلك في نفي القصاص ، وإنما قلنا إن الكافر يقتل بالمسلم والعبد بالحر لأن دم الأعلى يكافيء دم الناقص ويزيد عليه فإذا قتل الناقص [(٩)] بالأعلى فلم يؤخذ منه زيادة على ما كان يلزمه به وإنما قلنا إن سائر

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٣٠ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٣/ ١٤٤ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٣) هو جزء من الحديث السابق .

(٤) في م : مؤمن .

(٥) أخرجه البخاري في الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر :٨/ ٤٧.

(٦) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣٠ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٣/ ١٤٤.

(٧) انظر : المغني : ٧/ ٦٥٨ .

(٨) أخرجه الدارقطني : ٣/ ١٣٣، والبيهقي :٨/ ٣٥ ، والحديث فيه جويبر وغيره من المتروكين (انظر تلخيص الحبير : ٤/ ١٦) .

(٩) في م : فإذا قيل القصاص .

أنواع الكفار يقاد لبعضهم من بعض فلتساويهم في النفس بالكفر كأنواع العبيد في تساويهم في النقص بالرق [(١)] .

فصـل [٣ – في كون إسلام الذمي لا يسقط عنه القود] :

وإنما قلنا إن إسلام الذمي لا يسقط عنه القود خلافاً للأوزاعي [(٢)] ، وكذلك العبد إذا قتل عبداً ثم أعتق القاتل لأنه حق لأدمي طريقه الحد كسائر الحقوق ، ولأن الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها ، ووجه القول بأن المسلم لا يقتص من الكافر والحر لا يقتص من العبد في الجراح أن العضو الذي يقطعه ليس بمكافيء لأعضاء المسلم والحر فكان كيد الأشل إنها لا تقطع بيد الصحيح ، ووجه ثبوت القصاص اعتباره بالنفس .

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجري القصاص بينهما لقوله تعالى : ﴿ النفس بالنفس ﴾[(٣)] ، وقوله ﷺ : « لا يحل دم امريء مسلم إلا بأحد ثلاثة أشياء[(٤)]: فذكر أوقتل نفس بغير نفس » [(٥)] ، ولأنهما شخصان متساويان في الحرمة والدين كالرجلين والمرأتين .

فصـل [٤ – وجه عدم مساواة دية المرأة للرجل وثبوت القصاص بينهما في الأطراف وقتل الجماعة بالواحد وقتل الوالد بالولد] :

وإنما قلنا إنه لا يزاد بينهما في الدية [(٦)] ، خلافاً لقول من يقول إن الرجل إذا قتل المرأة رد أولياء المرأة نصف دية الرجل [(٧)] لأنه شخص يجب له القصاص

---

(١) بالرق : سقطت من ق .
(٢) انظر : المغني : ٧/ ٦٥٣ .
(٣) سورة المائدة ، الآية :٤٥ .
(٤) أشياء : سقطت من م .
(٥) أخرجه بمعناه : البخاري في الديات باب قوله تعلى ﴿ أن النفس بالنفس ﴾ : ٨/ ٨٣ ، ومسلم في القسامة باب ما يباح به دم المسلم :٣/ ١٣٠٢ .
(٦) في م : الذمة .
(٧) يروى هذا عن الإمام علي رضي الله عنه ، كما روي عن الإمام أحمد والحسن وعطاء (انظر المغني :٧/ ٦٧٩) .

على شخص فالتفاضل في الديات لا معتبر به كالجماعة بالواحد ، وإنما قلنا إن القصاص جار بينهما في الأطراف وما دون النفس خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن يد الرجل لا تقطع بيد المرأة ولا يد المرأة بيد الرجل [(١)] ، لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ [(٢)] ، ولأنه نوع من القصاص كالقتل ، ولأن كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس فكذلك فيما دونه كالرجلين والمرأتين ، وإنما قلنا إن الجماعة تقتل بالواحدة ، خلافاً لداود في قوله لا قصاص في ذلك [(٣)] ، لقوله ﷺ : « العمد قود كله » [(٤)]، وقوله : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا » [(٥)] فعم ، ولأنه إجماع الصحابة وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعة بواحد وقال : لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم به [(٦)] ، وعن علي أنه قتل ثلاثة بواحد [(٧)] ، وعن ابن عباس أنه قال : تقتل مائة بواحد[(٨)] ، ولا مخالف لهم ، ولأن كل حد وجب للإنسان على غيره إذا انفرد بموجب فإنه يجب عليه إن شارك [(٩)] فيه ، أصله حد [(١٠)] القذف .

وإنما قلنا يقطع أطراف الجماعة بطرف الواحد إذا اشتركوا في قطعه خلافا لأبي

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - : ١٤٧/٣ .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ .

(٣) انظر : المحلي :٢١/ ، والمغني :٦٧١/٧ ، وهو أحد قولي الإمام أحمد وقول الزهري وابن سيرين وربيعة وابن المنذر وغيرهم .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٦) أخرجه البخاري في الديات باب إذ أصاب قوم من رجل :٨/ ، ومالك : ٨٧١/٢.

(٧) أخرجه البيهقي : ٤١/٨ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق : ٤٧٩/٩ ، وكنز العمال :٨٦/١٥.

(٩) في ق : وإن انفرد .

(١٠) حد : سقطت من م .

حنيفة (١) ، لأنها جناية (٢) لو انفرد بها الواحد لزمه القصاص فإذا اشترك فيها الجماعة لزمهم القصاص كالقتل ، وإنما قلنا إن القصاص جار (٣) بين الأقارب فلأن القربى لا تمنع تكافأ الدماء ، وهو العلم على وجوب القصاص ، وإنما قلنا إن الأب إذا تعمد قتل ابنه قتل به لعموم الظواهر (٤) ،ولأنهما شخصان متكافئان في الحرمة والدين فكان القصاص جار بينهما كالأجانب ، وإنما قلنا إنه إذا ادعى أنه أراد أدبه ولم يرد قتله فإنه يقبل (٥) منه إذا أشبه لأن العادة جارية بتبسط الآباء على الأبناء (٦) وطلب تأديبهم وربما تبسطوا عليهم بالسيف على عادة العرب في شدة الحمية مع كونهم غير متهمين عليهم ، فإذا جاء من ذلك قتل علم أنه ليس من سببهم ، وفي حديث عمر في الذي دفع إليه وقد قتل ابنه فهمَّ بقتله فقيل له إنه لم يرد قتله وإنه كان من أعز الناس عليه وإنما أراد أدبه فقال : لو أعلم أراد قتله لقتلته به ثم ألزمه الدية (٧) ، وأجرينا الجد مجرى الأب لحرمة الأبوة وانتفاء التهمة .

فصــل [٥ - في تغليظ الدية على قاتل ابنه وفي أن الزوج يقتل بزوجته] :

إذا ثبت أنه لا قود عليه فعليه الدية مغلظة في ماله وصفة والتغليظ مذكورة في باب الديات ، وإنما قلنا إن الزوج يقتل بزوجته لعموم الظواهر ، والأخبار ، ووجوب التكافؤ وانتفاء الشبهة كالأجانب .

* * *

(١) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٣١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - : ١٥١/٣ .

(٢) جناية : سقطت من م .

(٣) في م : جائز .

(٤) في م : الظاهر .

(٥) في ق : يقتل .

(٦) في م : بينهم .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ : ٨٦٧/٢ ، وعنه رواه : الشافعي ومن طريقه أخرجه البيهقي : ٣٨/٨.

باب [- في أنواع القتل، وطلب الدية من مستحق القتل]

القتل نوعان عمد وخطأ ، وقد اختلف عنه في نوع ثالث وهو شبهة [(١)] العمد فعنه فيه روايتان : إحداهما إثباته ، والأخرى نفيه [(٢)] ، ووجه إثباته وهو قول أبي حنيفة والشافعي [(٣)] ، لقوله ﷺ : « ألا إن قتيل العمد الخطأ قتيل السوط والعصى ففيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة »[(٤)] فأثبت شبه العمد، ولأن شبه العمد ما قد أخذ شبها من العمد وشبها من الخطأ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد ، فشبهه بالعمد قصده إلى الضرب بما لا يقتل مثله غالبا وشبهه بالخطأ أنه لم يقصد القتل ، فوجب أن يكون له حكم بين الحكمين ، ووجه نفيه قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾[(٥)] ، وقوله ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمداً﴾[(٦)] فذكر الخطأ والعمد المحضين [(٧)] ولم يذكر ثالثا ، ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل والخطأ معنى معقول وهو ما يكون عن غير قصد ، ووجه الفعل الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته .

---

(١) في م : شبه .

(٢) انظر : المدونة : ٣٣/٤ ، التفريع : ٢١٧/٢ ، الرسالة : ٢٣٨ ، الكافي: ٥٨٧، ٥٩٤ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٣٢ ، الإقناع :١٦٤ .

(٤) أخرجه أبو داود في الديات باب في دية الخطأ شبه العمد :٧١١/٤ ،والنسائي في القسامة باب دية شبه العمد :٧١٣/٤ ، وابن ماجه في الديات باب دية شبه العمد : ٨٧٧/٢ ، وصححه ابن حبان وقال ابن القطان ولا يضره الاختلاف (انظر تلخيص الحبير: ١٥/٤) .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

(٦) سورة النساء ، الآية :٩٣ .

(٧) في م : الخطأ المحض والعمد المحض .

اختلف عن مالك في مستحق القتل فعنه فيه روايتان [1] : إحداهما أنه القود فقط ولا تجب الدية إلا بالتراضي ، والأخرى أن المستحق بالتخيير بين القود والدية ، والأول مذهب أبي حنيفة [2] ، والثانية مذهب الشافعي [3] ، فوجه الأولى قوله ﷺ : « العمد قود كله » [4] ، وقوله : « كتاب الله القصاص» [5]، ولأنه معنى موجب للقتل فلم يستحق به التخيير بينه وبين المال أصله الزنا مع الإحصان .

ووجه الثانية قوله ﷺ :« من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية » [6] ، ولأنه قود سقط بالعفو فوجب أن تثبت الدية فيه أصله إذا عفى بعض الأولياء ، ولأن للنفس بدلين القود والدية فلا يستحق على ولي الدم الاقتصار على أحدهما ، كما لو قتل له عبد لكان مخيراً إن شاء قتل له قاتله إذا كان ممن يقتل به ، وإن شاء استرقه .

فصـل [١ - الواجب في القتل الخطأ المحض وفي شبه العمد] :

فأما الخطأ المحض فالواجب به الدية لا خلاف [7] ،والأصل فيه [8] قوله

---

(١) انظر : الموطأ :٢/٨٧٢ ، المدونة : ٤/٤٣٢ -٤٣٣ ، التفريع :٢/٢١٦، الكافي: ٥٩٠ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني -: ٣/١٤١ .

(٣) انظر : الأم ٦/٩ ، مختصر المزني : ٢٣٩ ، الاقناع : ١٦٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة : ١٢٩٩ .

(٥) أخرجه البخاري في التفسير باب ﴿ كتب عليكم القصاص ﴾ :٥/١٥٣ ، ومسلم في القسامة باب إثبات القصاص في الإنسان : ٣/١٣٠٢ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة : ١٢٩٩ .

(٧) لا خلاف : سقط من م .

(٨) انظر : المغني : ٧/٦٥١ ، فتح الباري : ١٢/١٧٩ .

تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ [1] وأما شبه العمد إذا أثبتناه وهو قتل الأب لابنه على وجه الشبهة فالواجب به دية مغلظة ويأتي ذلك فيما بعد .

فصل [٢ - في الآلة التي يقتل بها غالبا] :

كل آلة يقتل بها غالبا فالقود واجب بها كالمحدد [2] والمثقل مثل : الرمح والسيف وسائر أنواع السلاح [3] ، والمثقل كالحجارة والصخر والخشب والسندان الحديد وما أشبه ذلك ، وما يقتل فزعه كالنار والماء وكذلك صفات القتل من الذبح والشدخ [4] والخنق وإصابة المقتل [5] وشدة الضغط وإمساك النفس وعصر الأنثيين وغير ذلك مما يعلم أن عامده قصد به القتل ، كل ذلك واجب به القود، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ [6] ، وقوله ﴿ وفمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [7] ، وقوله ﷺ : « العمد قود كله » [8] ، وقوله : « إن شاءوا قتلوا » [9] ، ولأنه لا خلاف في وجوب القود بقتل السيف [10] ، وكذلك سائر الآلات .

---

(١) سورة النساء ، الآية :٩٢ .

(٢) في م : كالمحدود .

(٣) في م : وسائر المحدودات .

(٤) الشدخ : يقال شدخت رأسه إذا كسرته وكل عظم أجوف إذا كسرته فقد شدخته (المصباح المنير :٣٠٧) .

(٥) في م : المقاتل .

(٦) سورة البقرة ، الآية: ١٧٨ .

(٧) سورة البقرة ، الآية : ١٩٤ .

(٨) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ١٢٩٩.

(١٠) انظر : بداية المجتهد - مع الهداية شرح أحاديث البداية : ٨/ ٤١٥ و ٤٣٩ ، المغني: ٧/ ٦٣٧ .

فصـل [٣ - القود من المثقل] :

ويقاد من المثقل [١] خلافا لأبي حنيفة [٢] ، لما روي أن يهودياً رضخ رأس امرأة من الأنصار فأدركت وبها رمق فذكر لها اليهودي فأشارت أن نعم فاعترف فأمر النبي ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين [٣] ، ولأنها آلة يقصد بها القتل غالبا كالمحدد .

فصـل [٤ - حكم الصبيان والمجانين إذا قتلوا] :

لا قود على الصبيان ولا على المجانين [٤] ، لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : فذكر الصبي حتي يحتلم [٥] ، والمجنون حتى يفيق » [٦] ، ولاخلاف في ذلك [٧] ، وإن قتلوا خطأ على وجه يعلم ذلك منهم فالدية على عواقلهم ، فأما إن تعمدوا فعمدهم عندنا خطأ [٨] ، خلافاً للشافعى في أحد قوليه إن عمدهم عمد [٩]، وفائدة ذلك القول بأن عمدهم عمد تجب الدية في أموالهم، فإذا قيل إن عمدهم [١٠] خطأ تجب على عواقلهم ، ودليلنا أن عمدهم خطأ

---

(١) انظر : المدونة :٤/٤٣٣ ، الكافي :٤٧٨ -٤٨٨ .

(٢) انظر : مختصر الطحارى :٢٣٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني :١٤١.

(٣) أخرجه البخاري في الديات باب من أقاد بالحجر :٨/٣٨ ، ومسلم في القسامة في القصاص في القتل بالحجر :٣/١٢٩٩.

(٤) انظر : المدونة :٤/٤٨١ ، التفريع :٢/٢١٧ ، الرسالة :٢٣٨ ، الكافي :٥٩٢ .

(٥) في م : حتى يبلغ .

(٦) سبق تخريج الحديث ٢٦٢ .

(٧) انظر : المغني :٧/٦٦٤ .

(٨) انظر : المدونة :٤/٤٨١ ، التفريع :٢/٢١٧ ، الرسالة : ٢٣٨ ، الكافي :٥٩٢.

(٩) انظر : الأم :٦/٢٥ ، مختصر المزنى :٢٢٧ ، المهذب :٢/١٧٤ .

(١٠) عمدهم : سقطت من م .

قوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاث .... » [1] ، ولأن قصد الصبى لا حكم له فكان كخطأ البالغ .

فصـل [٥ - إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لاقود عليه] :

إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه : كالعامد والمخطىء، والبالغ والصغير ، والعاقل والمجنون : قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية [2] ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا قود على العامد في ذلك [3] ، ودليلنا قوله : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا»[4]، وقوله « العمد قود كله » [5] ، ولأنه قاتل عمد كالمنفرد [6] ، ولأن الاشتراك في القتل لا يغير الجنس الواجب في الانفراد أصله الاشتراك في العمد أو الخطأ .

فصـل [٦ - في ما يجب على من لا قود عليهم] :

وإنما قلنا إن على الباقين نصف الدية اعتبارا بهم لو انفردوا .

فصـل [٧ - القود من الممسك والسكرن] :

ومن أمسك رجلا لغيره فقتله وهو يعلم أنه يريد قتله ظلما فعليهما القود[7] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهم لا قتل على الممسك [8] ، لأنه أمسكه لمن

---

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٢٦٢ .

(٢) انظر : الكافي : ٥٨٨ -٥٨٩ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣١ ، الاقناع :١٦٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٦) في م : كالمفرد .

(٧) انظر : الكافي :٥٨٩ .

(٨) انظر : المبسوط :١٢٨/٢٦ ، الأم : ٦/ ٣٠ .

يعلم أنه قاتله ظلما بغير حق فأشبه إذا أمسكه على سبع حتى أكله أو على نار حتى احترق .

يقاد من السكران لأنه غير معذور بزوال عقله ، ولأن لأحكامه أحكام الصاحي في وقوع طلاقه ، ولزوم قضاء الصلاة له ، وحده في الزنا والقدف فكذلك القود .

فصـل [٨ - فيمن أكره غيره على قتل رجل ظلما] :

ومن أكره غيره على قتل رجل ظلما : فإن كان المأمور ممن يمكنه مخالفة الأمر ولا تلزمه طاعته قتل المأمور المباشر للقتل ، وإن كان مكرها لا يمكنه مخالفته كالسلطان الذي يخاف من يخالفه أن يقتله أو [١] يجري عليه مكروه لمخالفته قتلا جميعا وكذلك العبد مع سيده [٢] ودليلنا على وجوب قتل (المباشر أنه قاتل لغيره ظلما فوجب أن يقاد به [.........] [٣] أصله غير المكروه ، ودليلنا على وجوب قتل) [٤] المكره إذا كانت تلزمه طاعته إذا اضطره إلى قتل غيره ظلما وأنه ألجأ إلى قتله فوجب أن يتعلق الحكم بالقتل [٥] كالشاهدين زورا بالقتل، ودليلنا على وجوب قتل المباشر إذا كان لا يمكنه المخالفة أنه قتله لاستبقاء نفسه [٦] منه ظلما فأشبه إذا جاع فقتله وأكله ، ودليلنا على أن الآمر إذا كان ممن لا يلزم المأمور طاعته ولا قود عليه أنه لم يكن منه إلجاؤه إلى قتله كالدال .

اختلف عنه في النساء هل لهن مدخل في الدم أولا فعنه فيه روايتان [٧] :

---

(١) في ق : لم .

(٢) انظر : الكافي :٥٨٩ .

(٣) طمس في ق .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

(٥) في م : به .

(٦) في ق : لاستيفاء نفسه .

(٧) انظر : الرسالة : ٢٣٦ ، الكافي : ٥٩١ .

إحداهما أن لهن مدخلا فيه كالرجال ، والأخرى أنه لا مدخل لهن إذا لم يكن في درجتهن عصبة ، فوجه الأولى قوله ﷺ : « ومن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءو عفوا وأخذوا الدية »[1] فعم ، وقوله « يحلف خمسون منكم »[2] ، ولأن القصاص لمستحق على استحقاق الميراث فوجب أن يثبت بتجميع الورثة كسائر الحقوق ، واعتبارا بالرجال ، ووجه الثانية أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة ولسن من أهلها فلم يكن لهن مدخل في الولاية المستحقة وإذا قلنا أن لهن مدخلا في ذلك ففي أي شيء لهن مدخل روايتان : إحداهما في القود دون العفو لأن العفو إسقاط الحق وليس لهن ذلك ، والأخرى في العفو دون القود[3] .

فصـل [٩ - في ولاية الدم إذا كان بعض العصبة أصاغر وبعضهم أكابر] :

إذا كان بعض العصبة أصاغر وبعضهم أكابر فإن ولاية الدم للأكابر العقلاء إن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا عفوا[4] ،خلافاً للشافعي[5] ، لأنهما ولاية مستحقة بالتعصيب فلا مدخل للصغير والمجنون فيها ، أصله ولاية النكاح ، ولا يلزم عليه الغائب لأن الغيبة لا تقطع ولايته .

فصـل [١٠ - في عدم القود والعقل إلا بعد اندمال الجرح] :

لايستقاد ممن جرح ولا يعقل إلا بعد اندماله خلافاً للشافعي في قوله[6] : يستقاد[7] في الحال منه[8] لما روي أنه ﷺ : نهى عن الجرح ليستقاد منه حتى

---

(١) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٢) أخرجه البخارى في الديات باب القسامة :٨/ ٤٢ ، ومسلم في القسامة باب القسامة: ١٢٩١/٣ .

(٣) انظر : الرسالة : ٢٣٦، الكافي :٥٩١ .

(٤) انظر : المدونة :٤/ ٤٩٠ ، الكافي :٥٩١ .

(٥) انظر : الأم :٦/ ١٠ ، مختصر المزنى :٢٣٩ .

(٦) انظر : الرسالة :٢٣٧ ، الكافي :٥٩٢ - ٥٩٣ .

(٧) في م : أنه يقاد .

(٨) انظر : الاقناع :١٦٣ ، المهذب : ١٨٦/٢ .

يندمل [١] ، ولأنه قد يؤول إلى النفس فيعاد القود ثانية وذلك خروج عن المماثلة، ولأن المقتص منه يموت قبل الجاني ، وربما تلف وبرأ الجاني فيكون في ذلك تلفا [٢] للقصاص وذلك غير جائز .

فصل [١١ - حكم القاتل يلجأ إلى الحرم] :

ومن قتل في الحرم أو الحل ثم يلجأ إلى الحرم قتل فيه ولم يؤخر إلى الحل[٣] ،خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقتل في الحرم إذا لجأ إليه ولكن يضجر ويلجأ إلى الخروج منه [٤] ، لقوله ﷺ : « إن شاءوا قتلوا » [٥] ولم يفرق ، ولأن كل موضع جاز استيفاء القصاص فيه إذا كانت الجناية فيه جاز استيفاؤه فيه وإن وجبت [٦] في غيره كالحل ، ولأنه قصاص لو وجد سببه في الحرم جاز استيفاؤه فيه فإذا وجد في الحل جاز استيفاؤه في الحرم كالأطراف .

فصل [١٢ - إذا جرح رجلا ثم قتله] :

إذا جرح رجلا ثم قتله أو قتل غيره قتل ولم يجرح إلا أن يكون مثل به فإنه يفعل به مثل ما فعله ثم يقتل [٧]، وقال أبو حنيفة والشافعي يجرح ثم يقتل[٨]، ودليلنا أن ما دون النفس يدخل في النفس لأن القتل يأتي عليه لأن

---

(١) أخرجه البيهقي :٨/ ٦٧ ، وابن أبي شيبة :٩/ ٣٦٩ ، والطحاوي وهو مرسل (انظر نصب الراية : ٤/ ٣٧٧).

(٢) في م : سلفا .

(٣) انظر : التفريع :٢/ ٢١٧ ، الكافي :٥٩٢ .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين : ٣/ ١٦٣ - ٢٥٣ ، ٥/ ٣٥٢ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٢٩٩ .

(٦) في م : وإن وجب .

(٧) انظر : التفريع :٢/ ٢١٨.

(٨) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣٥ ، مختصر المزني :٢٤١ .

الغرض بالقصاص : إما أن يكون التشفي أو إبطال العضو الذي أتلفه على المجروح وأي ذلك كان فحصوله بالقتل أبلغ ، فأما إذا مثل به فإنه يمثل به ثم يقتل، لأن التمثيل مقصود بالقصاص منه ليقع الارتداع عن مثله فلا يدخل في القتل كما لم يدخل فيه الجرح الذي لم يقصد به التمثيل ، كما يقول إن من وجب عليه جلد وقتل فإنه يقتل ولا يجلد إلا أن يكون الجلد وجب للفرية بالجلد حينئذ زوال المعرة عن المقذوف وذلك لا يكون إلا بجلد القاذف .

فصـل [١٣ - في عدم ضمان السراية عن القصاص] :

السراية عن القصاص غير مضمونة [١] خلافا لأبي حنيفة [٢] ،لأنه قطع استحق عليه بسبب كان منه فلم يضمن كالقطع في السرقة .

فصـل [١٤ - إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه ثم اندمل] :

إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه ثم اندمل فإن كان عمدا اقتص منه لجرحه الأول ثم ينظر به فإن بلغ إلى حيث بلغ جرح المجنى عليه فقد استوفى حقه ، وإن زاد عليه يضمن الزيادة ، فإن نقص لم يقتص منه ثانية [٣] ولكن يعقل له ما بينهما [٤] ، وإنما قلنا لا يقتص منه فيما ترامى إليه لأن ذلك غير متعمد والقصاص لا يكون إلا في العمد ، وإنما قلنا إن الزيادة هدر لما قدمناه من أنها زيادة على قود مستحق عليه ، وإنما قلنا إن قصر عن جرح المجني عليه لم يقد منه ثانية لأنه [٥] لا يستحق عليه قود فيما زاد على الجرح المباشر، وإنما قلنا

---

(١) انظر : الكافي : ٥٩٢ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء :١٠٢/٣ ، المبسوط :١٤٧/٢٦ .

(٣) ثانية : سقطت من م .

(٤) انظر : الكافى : ٥٩٢ .

(٥) في م : لم .

يعقل له ما بينهما لأنه نقص عن [1] جناية لا قود فيه فكان فيه الدية [2] كالخطأ.

فصل [١٥ - في أقسام الجراح] :

وأول الجراح الدامية وهي التي تدمي الجلد ، ثم الخارصة وهي التي تشقه ، ثم السمحاق وهي التي تكشطه ، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم ، ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع ، ثم الملطاءة وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف [3] العظم جلد رقيق ، ثم الموضحة وكل ما ذكرناه قبلها[4]، فإن كان عمدا ففيه القود لعموم الظواهر ، ولأن القصاص ممكن فيه من غير خوف غالب على النفس ، وإن كان خطأ ففيه الاجتهاد وليس فيه دية مسماة ، فأما الموضحة التي توضح عن العظم فإن كانت في الرأس أو الوجه ففيها نصف عشر الدية ، وإن كانت في سائر [5] الجسد ففيها حكومة وفي عمدها القود أين كانت ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ولا دية فيها، ثم المنقلة وهي التي تطير فراش العظم منها مع الدواء وفيها عشر ونصف عشر الدية إذا كانت في الوجه أو الرأس فإن كان في سائر الجسد فالاجتهاد ، ثم المأمومة وهي التي تخرج إلى أم الدماغ وفيها ثلث الدية ، وكذلك في الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف [6] .

---

(١) في ق : بحق .

(٢) فكان فيه الدية : سقط من م .

(٣) انكشاف : سقطت من م .

(٤) في ق : قبل الموضحة .

(٥) سائر : سقطت من م .

(٦) انظر : المدونة :٤/٤٤١ ، التفريع :٢/٢١٥ ، الرسالة : ٢٣٧ ، الكافي : ٥٩٩.

فصل [١٦ - أقسام الجراح من حيث المماثلة] :

الجراح على ضربين : ضرب يتأتى المماثلة فيه ، وضرب لا يتأتى فيه ، فما تتأتى فيه نوعان : منه ما لا يعظم الخطر والخوف منه على النفس غالبا فالقصاص فيه واجب وذلك كالدامية وما بعدها إلى الموضحة وقطع الأطراف ونزع العين وغير ذلك من الأعضاء [١] ، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾[٢] وقوله تعالى : ﴿ والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن﴾[٣]، ومنه ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه فهذا لا قصاص فيه لأن القصاص لو ثبت فيه لكان كالأخذ للنفس في مقابلة الجرح وذلك غير جائز ، وقد اختلف في بعضها ونحن نبينه .

فصل [١٧ - فيما يجب في المأمومة والموضحة والجائفة] :

أما المأمومة والموضحة والجائفة فلا أعلم خلافا من قول مالك ألا [٤] قود فيها ، ويدل عليه حديث العباس عن النبي ﷺ : أنه قال « ليس في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة قود » [٥] وهذا نص ، ولأن الخطر فيها يعظم على النفس فيكون متى اقتصصنا منها قد أخذنا النفس بما دونها .

---

(١) انظر المدونة :٤/٤٤١ ، التفريع :٢/٢٥١-٢١٦ ، الرسالة : ٢٣٧-٢٣٨ .

(٢) سورة المائدة ، الآية :٤٥ .

(٣) سورة المائدة ، الآية :٤٥ .

(٤) في ق : أن .

(٥) أخرجه ابن ماجة في الديات باب ما لا قود فيه :٢/٨٨١ ، والبيهقي :٨/ ٦٥ ، وابن أبي عاصم وأبو يعلي وقال البيهقي أنه لا يثبت ، وأثبته الحافظ الغماري الذي أخرج أحاديث بداية المجتهد بقوله : أن ابن لهيعة تابع رشدين بن سعد كما عند ابن أبي عاصم وابن لهيعة عندي حديثه حسن إذا توبع ولو من ضعيف كرشدين بن سعد مالم يكن واهيا كذابا يسرق الحديث (انظر الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد :٨/ ٤٥١ - ٤٥٣) .

فصـل [١٨ - فيما يجب في المنقلة] :

وأما المنقلة ففيها روايتان [١] : إحداهما وجوب القود ، والأخرى سقوطه،[٢] فوجه السقوط أن أمرها أخف من المأمومة لأن أكثر ما فيها رض العظم الذي كشفت عنه الموضحة وذلك لا يوجب التلف غالباً ، وذكر مالك عن ربيعة [٣] أن ابن الزبير أقاد منها [٤] ، ووجه نفي القود الخبر الذي رويناه واعتبارا بالمأمومة لعلة عظم الخطر فيها .

فصـل [١٩ - في كسر الفخذ] :

كسر الفخذ لا قود فيه من المتالف ، فأما غير الفخذ ففيه روايتان [٥] ، وكل ذلك مبني على إمكان المماثلة ، فإن فاتت فيه ولم يعظم الخوف على النفس [٦] يجب القصاص ، وإن اشتد الخوف فلم يجب .

فصـل [٢٠ - سقوط القصاص فيما لا يتأتى فيه المماثلة] :

فأما ما لا يتأتى فيه المماثلة فلا قصاص فيه ، لأن معنى القصاص هو المماثلة فإذا عدمت خرج ما يفعله بالجاني عن أن يكون قصاها فلم يجب ،و تعذر المماثلة يكون بثلاثة أوجه : أحدها بمعنى يعود إلى العقل كما يقول أصحابنا في الشلل وذهاب بعض ضوء العين والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان

---

(١) انظر : الموطأ : ٨٥٩/٢ ، التفريع : ٢١٥-٢١٦ ، الرسالة :٢٣٨ ، الكافي : ٥٩٩ .

(٢) في م : اسقاطه .

(٣) **ربيعة بن أبي عبد الرحمن** : التيمي مولاهم، أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ ثقة فقيه مشهور ، مات سنة ست وثلاثين ومائة على الصحيح (تقريب التهذيب :٢٠٧ ، شذرات الذهب :١/ ١٩٤) .

(٤) الموطأ : ٢/ ٨٥٩ .

(٥) انظر : المدونة : ٤/ ٤٤١ ، الكافي :٥٩٢ ، المقدمات :٣/ ٣٢٢ .

(٦) في ق : النفوس .

فهذا مما تتعذر المماثلة فيه في الظاهر ، والثاني أن تتعذر المماثلة لفقد المحل مثل أن يقلع أعمى عين بصير أو يضرب أصم أذن سميع فيذهب سمعه وما أشبه ذلك، والثالث : تمنع لعارض المماثلة مع إمكانها قبل حصوله وهو أن يعفو بعض أولياء الجناية فيتعذر القود لأنه لا يمكن استيفاء حقه على الانفراد وهذا يتصور في القتل [1] .

* * *

---

(١) انظر : الرسالة : ٢٣٨ ، الكافي : ٥٩٢-٥٩٣ ، المقدمات :٣/ ٣٢٢ .

باب [- في أنواع الدية]

والدية [1] ثلاثة أنواع : إبل وذهب وفضة لا يؤخذ مما سوى ذلك من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك ، وموجبها ثلاثة أشياء : قتل خطأ وقتل عمد وقتل شبه العمد ، وهي من الإبل مائة ، ومن الذهب ألف دينار ، ومن الورق اثني عشر ألف درهم ، فأما دية الخطأ فهي خمسة أخماس خمس بنات مخاض، وخمس بنات لبون ، وخمس بنو لبون ، وخمس حقاق ، وخمس جذاع ، وأما دية العمد [فأرباع] (*) بنات مخاض ، وبنات لبون ، وحقاق ، وجذاع .

وأما شبه العمد فقد بينا اختلاف قوله فيه ، وأنه لا يثبت إلا في قتل الأب لابنه على وجه الشبهة دون العمد ، ودية ذلك عنده وغيره من شبهة العمد إذا أثبته أثلاث : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، و أربعون خلفة : وهي الحوامل ، وإذا وجبت مغلظة فإن وجبت على أهل الذهب والورق ففيها روايتان : إحداهما أنها لا تغلظ ولا تؤخذ منهم زيادة على ما يؤخذ في دية الخطأ والعمد ، والأخرى أنها تغلظ وفي كيفية تغليظها روايتان :

إحدهما أنه يلزمه من الذهب أو الورق قيمة الإبل مغلظة ما بلغت ما لم ينقص عن ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم ، والأخرى أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيحصل جزاء زائداً على دية الذهب والورق [2] .

---

(١) الدية : مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد (انظر حدود ابن عرفة : ٤٨٠) .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ :٨٤٩/٢ ، المدونة :٤٣٢/٤ ، التفريع : ٢١٢/٢ ، الرسالة :٢٣٦ ، الكافي :٥٩٥-٥٩٦ .

(*) هكذا بالأصل ، ولعل الصواب : « أربع » .

(وإنما قلنا إن الدية مائة من الإبل لقوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم وغيره: « أن في النفس مائة من الإبل »[(١)] ولا خلاف في ذلك[(٢)])[(٣)] .

فصل [١ - في قيمة دية النفس من الذهب] :

وإنما قلنا إنها من الذهب ألف دينار ، والكلام فيه في موضعين : أحدهما مع أبي حنيفة في قوله إنها من الورق عشرة آلاف درهم[(٤)] ، والأخرى مع الشافعي في قوله إن على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب والورق قيمة المائة من الإبل بالغة ما بلغت من غير اعتبار بألف دينار ولا باثني عشر[(٥)] ألف درهم[(٦)] .

فدليلنا على أبي حنيفة حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قوم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم[(٧)] ، وقد روي ذلك مرفوعاً من طريق عمرو بن حزم على ما ذكره بعضهم[(٨)] ، ولأنه تقويم للذهب والورق فيما طريقه الحد والاتلاف فوجب أن يكون كل دينار باثنى عشر درهما أصله القطع في السرقة .

ودليلنا على الشافعي أن عمر رضي الله عنه قوّم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وذلك بحضرة المهاجرين والأنصار

---

(١) أخرجه النسائي في القود : ٨/ ٥١ ، ومالك :٢/ ٨٤٥ ، والحاكم :١/ ٣٩٧ وقال صحيح الإسناد .

(٢) انظر بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية :٨/ ٤٥٧ ، المغني : ٧/ ٧٥٩ ، نيل الأوطار :٧/ ٧٧ .

(٣) ما بين القوسين سقط من م .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣٢ ، مختصر القدوري -مع شرح الميداني : ٣/ ١٥٣ .

(٥) دينار ولا باثني عشر : سقطت من ق .

(٦) انظر : الأم :٦/ ١٠٥ ، مختصر المزني :٢٤٤ ، الإقناع : ١٦٤ .

(٧) أخرجه أبو داود في الديات باب الدية كم هي :٤/ ٦٧٩ ، ومالك :٢/ ٨٥٠ ، والرواية عن عمر منقطعة (انظر نصب الراية :٤/ ٣٦١) .

(٨) البيهقي : ٨/ ٧٩ .

وقد روي مرفوعاً ، ولأنه نوع مال يجوز إخراجه في الدية فكان أصلا بنفسه كالإبل ، ولأن الدية معنى جعلته الإبل فيها أصلا وكان الذهب والورق فيها أصلا كالزكاة .

وإنما قلنا لا يؤخذ مما سوى هذه الأصناف خلافاً لأبي يوسف ومحمد في قولهما يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة ، ومن أهل الغنم ألف شاة ، ومن أهل الحلل [1] مائتنا حلة يمانية [2] ، لما روي أنه ﷺ قضى في النفس بمائة من الإبل[3] ، وهذا يوجب بعين ما يخرج فيه ، ولأن الصحابة قوّمت الإبل بألف دينار واثني عشر ألف درهم فسلمناه للإجماع ، ولم تقومه بغير هذين النوعين ، ولأنه نوع من العروض فأشبه العبيد والعقار .

وإنما قلنا إن دية الخطأ [4] أخماساً خلافاً لأبي حنيفة في تفسير [5] الأخماس وجعله مكان بني لبون بني مخاض [6] ، لما روي سليمان بن يسار[7]

---

(١) الحلل : جمع حله - بالضم - لا تكون إلا ثوبين من جنس واحد (المصباح المنير: ١٤٨) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي :٢٣٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٥٣/٣ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) في ق : الدية .

(٥) في م : تفصيل .

(٦) انظر: مختصر الطحاوي : ٢٣٢ ، مختصر القدوري -مع شرح الميداني - ١٥٣/٣ .

(٧) في ق : ابن مسلم . **وسليمان بن يسار** : الهلالي المدني مولى ميمونة وقيل أم سلمة ثقة فاضل أحد الفقهاء السبعة من كبار الثالثة مات بعد المائة وقيل قبلها (تقريب التهذيب : ٢٥٥) .

أن النبي ﷺ أوجب في دية الخطأ أخماساً : فذكر عشرين بني لبون [١] ، ولأنه أنقص من بنات مخاض كالفصلان .

وإنما قلنا إن دية العمد المحض أرباعا ، خلافا للشافعي في قوله أثلاثاً كالمغلظة[٢] ، لقوله ﷺ : « وفي النفس مائة من الإبل » [٣] وظاهره لا يفيد أقل ما يتناوله الاسم ، ولأنه أحد نوعي القتل معتبر بنفسه لا بغيره فلم يجب في ديته الحوامل كالخطأ ولا يلزم عليه شبه العمد لأنه مشبه بغيره .

وإنما قلنا في دية التغليظ إنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة للخبر الذي روي في التغليظ [٤] ، وكذلك في حديث عمر بن الخطاب : أنه أخذ الدية في قصة المدلجي الذي حذف ابنه مغلظة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفة ودفعها إلى أخي المقتول [٥] .

فصل [٢ - في عدم تغليظ الدية على أهل الذهب والفضة] :

ووجه قوله لا تغلظ على أهل الذهب والورق أن التغليظ ابتداء إثبات دية فلا يثبت إلا بسمع ولم يرد سمع إلا في الإبل ، ولأن الصحابة لم تقوم دية التغليظ على أهل الذهب والورق وقومت دية العمد والخطأ ، ولأن التغليظ في الإبل [٦] بالسن وهذا لا يتصور إلا في الإبل .

---

(١) أخرجه الأربعة عن ابن مسعود وليس عن سليمان كما ذكره المصنف : أبو داود في الديات باب الدية كم هي :٦٧٧/٤ ، والنسائي في القسامة باب ذكر أسنان دية الخطأ : ٨٧٩/٢ ، وابن ماجة في الديات باب الدية الخطأ :٨٧٩/٢ ، والترمذي في الديات في الدية كم هي من الإبل :٦/٤ .

(٢) انظر : الأم : ١٠٥/٦ - ١٠٦ ، مختصر المزني :٢٤٤ ، الاقناع :١٦٤ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٣٢٠ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٣٢٠ .

(٦) الإبل : سقطت من م .

ووجه إثباتها أنه نوع يؤخذ في الدية فجاز أن يلحقه التغليظ كالابل ، ولأنه نوع من القتل فوجب أن يلزم دية أهل الذهب والورق بصفتها كالابل أصله دم الخطأ . ووجه قوله في صفة التغليظ أنه بقيمة الإبل المغلظة أنه نقل [1] دية إلى دية فوجب أن يكون بقيمة المنقولة أصله دية الخطأ ، ووجه قوله الآخر أن الألف [الدينار] (*) لما عدلت للمائة من الإبل في الخطأ وجب أن يكون القدر الزائد على دية الخطأ هو الزائد عليه في الذهب .

فصل [٣ - تغليظ الدية في الجراح] :

وتغلظ [2] في الجراح كما تغلظ في القتل [3] ، وصفة ذلك أن ينظر الواجب في الجرح من الدية : فإن كان نصفها أو ثلثها أو عشرها فتدفع إلى المجروح على صفة التغليظ في الأصل ، مثل أن يقطع أصبعه ففيها عشر الدية فيدفع إليه ثلاث حقاق وثلاث جذاع وأربع خوالف .

ما لا قود في عمده المحض من الجراح لا تغليظ فيه نص عليه عبد الملك ، وذلك لأن التغليظ في الدية هو عوض عند سقوط القود فإذا كان القود غير واجب فلا وجه للتغليظ، واختلف فيما يلزم بقتل الأب الذي لا يجب به قود من دية التغليظ على من يجب : فقال ابن القاسم تكون في مال الأب حالة ، وقال أشهب وعبد الملك [4] تحملها العاقلة حالة [5] ، فلابن القاسم أنها وجبت في غير خطأ لم تحملها العاقلة كالعمد المحض ، (ولغيره أنها دية عن عمد فلا قود

---

(١) في م : يقبل .

(*) هكذا بالأصل ، ولعل الصواب : « دينار » .

(٢) في م : والتغليظ .

(٣) انظر : المدونة :٤/٤٣٢ ، التفريع :٢/٢١٤ - ٢١٥ ، الرسالة :٢٣٧ - ٢٣٨ ، الكافي ٥٩٧ .

(٤) عبد الملك : سقط من م .

(٥) انظر التفريع :٢/٢١٢، والرسالة :٢٣٦ ، الكافي : ٥٩٦ .

فيه ، وإذا قلنا إنها على القاتل حالة فلأن كل دية لزمت الجاني في ماله فإنها حالة كالعمد) [١] ، وإذا قلنا إنها على العاقلة حالة فإنها لما تغلظت بالسن والصفة تغلظتها أيضا بالحلول ، ولأن صفتها [٢] أغلظ من الخطأ .

فصـل [٤ - فيما تحمله العاقلة من الديات] :

لا تحمل العاقلة إلا دية الخطأ المحض ، ولا تحمل دية عمد ولا اعترافا ولا صلحا [٣] ، والأصل فيه أن كل جناية فإن بدلها يستوفي من الجاني ، وأما الخطأ فإن العاقلة حملت ديته تخفيفا عن الجاني ومواساة له لإنه لم يكن منه ما يوجب القود ، والعمد طريقه التغليظ ، وأما الاعتراف فإنه إقرار على الغير فلا يلزم العاقلة شيء منه ، وكذلك الصلح هو ابتداء التزام شيء فلا يجب على العاقلة .

فصـل [٥ - إذا أقر بقتل خطأ] :

إذا أقر بقتل خطأ ففيها ثلاث روايات [٤] : إحداهما أنه لا شيء عليه ولا على عاقلته لأن دية الخطأ لا تلزم المخطيء وإنما تلزم العاقلة فكأنه مقر على غيره فلم يلزم شيء العاقلة بإقراره ، والثانية أن إقراره لوث [٥] يقسم معه الأولياء لأنه سبب تقوى دعواهم إذ لا يتهم فيه ، والثالثة أن الدية تلزمه في ماله لأنه اعتراف

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) في م : شبهها .

(٣) انظر : المدونة :٤/٤٤٣ ، التفريع :٢/٢١٣ ، الرسالة :٢٣٨ ، الكافي : ٥٩٤-٥٩٥ .

(٤) انظر : المدونة : ٤/٤٨٥ ، التفريع :٢/٢١٣ ، الرسالة :٢٣٨ ، الكافي : ٥٩٥ .

(٥) لوث : بالفتح - البينة الضعيفة غير الكاملة (المصباح المنير : ٥٦٠) .

بالجناية وادعى أنها على وجه تلزم غيره فقبل منه اعترافه بها ولم يقبل منه ما يلزم غيره بإقراره ، وهذا هو الصحيح .

فصـل [٦ - في القدر الذي تحمله العاقلة من الدية] :

وتحمل العاقلة ثلث الدية فصاعدا ولا تحمل ما دونه [١] ، خلافا للشافعي[٢]، لما رواه ربيعة أن النبي ﷺ عاقل بين قريش والأنصار فجعل على العاقلة ثلث الدية فصاعدا [٣] ، ولأن حمل العاقلة لذلك على وجه التخفيف عن الجاني والمواساة خيفة أن يجحف الأداء به ، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل .

فصـل [٧ - الاعتبار في ثلث الدية ، وعدم حمل العاقلة دية من قتل نفسه]:

اختلف في الثلث الذي يعتبر فيه [٤] : فروى أشهب أن الأعتبار بثلث دية المجروح خاصة ، وروى ابن القاسم أنه إذا بلغ ثلث دية المجروح أو الجاني حملته العاقلة [٥] ، فوجه الأول أن الأعتبار فيما [٦] يلزم الجاني بدية المجني عليه لا بالجاني ، كما لو قتلت امرأة رجلا للزم بقتلها دية رجل ، ووجه الثانية أن ثلث الدية يتعلق به حمل العاقلة أصله ثلث دية المجروح .

---

(١) انظر : المدونة : ٤/٤٤٣ ، التفريع : ٢/٢١٣ ، الرسالة : ٢٣٨ ، الكافي : ٥٩٤ .

(٢) انظر : الأم : ٦/١١٦ ، مختصر المزني : ٢٤٨ ، الاقناع : ١٦٦ .

(٣) أخرجه البيهقي :٨/١٠٨ ، وقال المحفوظ أنه من قول سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار .

(٤) في م : به .

(٥) انظر : التفريع : ٢/٢١٣ ، الرسالة : ٢٢٨ ، الكافي :٥٩٤ .

(٦) في م : بما .

لا تحمل العاقلة من قتل نفسه عمدا ولا خطأ ، خلافا لمن حكي عنه أنه تحمل عنه الخطأ ، لأنها جناية منه على نفسه كالجناية على ماله أو العمد ، ولأن العاقلة تحمل عنه ما يحصل لغيره عليه تخفيفا عنه ، ولا يتصور أن يجب للإنسان شيء على نفسه أو على غيره بجنايته عليها .

فصل [٨ - في تنجيم الدية على العاقلة] :

وتنجم الدية على العاقلة في ثلاث سنين [(١)] ، لما روي أن عمر وعلياً قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين [(٢)] ، ولم يخالف عليهما أحد ، ولأن العاقلة تحملها مواساة للجاني فيجب أن يخفف عنها وكانت في الأصل من الإبل وقد تكن وقت الوجوب حوامل فلا يجوز أن يكلفوا إذا حوامل [(٣)] ، وفي الثانية لوابن فوجب أن يؤجلوا ثلاث سنين ليجمع لهم ما يشتري به السن المؤقتة .

فصل [٩ -اختلاف القول في تنجيم بعض الدية] :

واختلف في البعض فعنه في ذلك روايتان [(٤)] : إحداهما أنه تؤخذ حالة ولا تنجم إلا الدية الكاملة ، ووجهها اعتبارها بما دون الثالث ، والأخرى أنه تنجم لأنه أرش جناية خطأ بلغ الثلث فأشبه الكاملة ، وفي كيفية التنجيم روايتان : إحداهما النصف في سنتين لأنه أقرب إلى التخفيف ، وليتكامل وضع الحوامل، والثلث في سنة اعتباراً بتقسيط البعض على الجملة والثلثان في سنتين ، والأخرى أنه يجتهد فيها على ما يرى .

فصل [١٠ - في كون النساء والصبيان لا يحملون العاقلة] :

ولا تحمل النساء ولا الصبيان لأنها على العصبة الذين إليهم القيام بالدم

---

(١) انظر : التفريع : ٢١٣/٢ ، الرسالة : ٢٣٨ ، الكافي : ٥٩٤ .

(٢) أخرجها البيهقي : ١٠٩/٨ ، ١١٠ .

(٣) أي دفع الحوامل .

(٤) انظر : التفريع : ٢١٣/٢ ، الكافي : ٥٩٤ .

والميراث والنصرة وليس لأموالهم حق ، ولا لما يؤخذ من آحادهم حد وإنما هو على الاجتهاد فمن لا قبيلة له عقل عنه المسلمون من بيت المال ، ومن كانت نائية عن موضعه عقل عنه أقرب الناس إلى قبيلته ، وتحمل جناية المرأة عصبتها وليس على ابنها شيء إلا أن يكون أبوه من عصبتها ، وقد قيل يحمل وإن كان أبوه أجنبياً [1] لأن البنوة عصبة بنفسها كالميراث والنكاح .

* * *

---

(1) انظر في جملة هذه الأحكام : المدونة :٤/٤٤٣ ، التفريع :٢/٢١٣ ، الرسالة : ٢٣٨ ، الكافي :٥٩٤ - ٥٩٥ .

باب : من الديات

وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية لورود النص بذلك، وفي حديث عمرو بن حزم : « وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي العين خمسون » [1] ،ولأن كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر فإن الدية تجب بإتلافه ومنافع هذه الأعضاء ظاهرة مقصودة كاملة :[2] وهي قوام البدن وعماد منفعته فباليدين البطش والتصرف والتمكن من الصناعات ، والرجلان مشاركتان لليدين في النفع وإن انفردتا بنوع يخصهما من المشي والعدو والسفر ونفعهما لا خفاء به ، والعينان منفعتهما أيضاً كاملة وجمالهما ظاهر ولهما في النفع مزية [3] على سائر الأعضاء لأن بمنفعة البصر يتمكن من جميع ما ذكرناه من التقلب في المعايش والتصرف والاحتيال ، وفي الشفتين الدية لأن نفعهما كامل وجمالهما ظاهر [4] .

فصل [١ - وجوب الدية في ثديي المرأة] :

وفي ثديي المرأة الدية [5] لأن منفعتهما مقصودة وهي الإرضاع وجمالهما ظاهر لأنهما من المحاسن المطلوبة ، والدية في ذهابهما أو بعضهما معتبرة بإبطال مخرج اللبن ، وفي ثديي الرجل الاجتهاد لأنه ليس فيهما نفع ظاهر ولاجمال بين .

---

(١) سبق تخريج الحديث ١٣٢٠ .

(٢) كاملة : سقطت من ق .

(٣) مزية : سقطت من م .

(٤) انظر : المدونة :٤/ ٤٤٠ -٤٤٢ ، التفريع : ٢/ ٢١٤ ، الرسالة :٢٣٧ ، الكافي ٥٩٧ .

(٥) انظر : المدونة : ٤/٤٣٧، التفريع : ٢/ ٢١٤ ، الرسالة : ٢٣٧ ، الكافي : ٥٩٧.

فصـل [٢ - وجوب الحكومة في الحاجبين وسائر الشعور] :

وفي الحاجبين حكومة [١] لأنهما زينة فقط بلا منفعة ، وكذلك في سائر الشعر كأهداب العين واللحية [٢] لأن الدية لا تتعلق [٣] بالجمال المنفرد عن المنفعة ، وفي أشراف الأذنين روايتان : إحداهما الدية ، والأخرى الاجتهاد ، فوجه إيجاب الدية ما روي « وفي الأذن خمسون » [٤] ، ولأنهما عضوان منهما اثنان في البدن كاليدين ، ووجه الحكومة أن نفعهما غير كامل لأن السمع يقع بغيرهما وأكثر ما فيها مرسل [٥] الصوت إلى السمع ، ولأن جمالهما غير ظاهر تغطيهما القلنسوة والعمامة كما قال أبو بكر رضي الله عنه [٦] .

فصـل [٣ - وجوب الدية في العقل] :

وفي العقل الدية [٧] لأنه أشرف المنافع وأعلاها وما عداه من المنافع متعلق به لأن به يتمكن من التصرف في المعاش والمصالح فكان أولى بوجوب الدية .

فصـل [٤ - وجوب الدية في الأنف] :

في الأنف الدية [٨] إذا قطع مارنه [٩] ، لما روي في الحديث « وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية » [١٠] ولأنه عضو فيه نفع كامل وجمال ظاهر كالبصر

---

(١) الحكومة : المراد بالحكومة الحكمان فأكثر يحكمان بما يجب في هذه الجناية (الواكه الدواني : ٢/٢٠٨) .

(٢) انظر : المدونة :٤/٤٣٦ ، ٤٣٧ ، التفريع :٢/ ٢١٥ ، الكافي:٥٩٨ .

(٣) في م : لا تنفرد .

(٤) سبق تخريج الحديث ص ١٣٢٠ .

(٥) في م : أخرس .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة :٩/١٥٣ .

(٧) انظر : المدونة :٤/٤٣٦ ، التفريع : ٢/ ٢١٤ ، الرسالة :٢٣٧ ، الكافي :٥٩٧.

(٨) انظر : المدونة :٤/ ٤٣٣ ، التفريع : ٢/٢١٤ ، الرسالة : ٢٣٧ ، الكافي :٥٩٧.

(٩) المارن : ما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه (المصباح المنير :٥٦٩) .

(١٠) سبق تخريج الحديث ص ١٣٢٠ .

وإن قطع بعضه ففيه من الدية بحسابه ، وإن أذهب الشم وحده ففيه الدية لأنها منفعة مقصودة كالسمع والبصر ، وكذلك إن قطع الأنف وبقي الشم ففيه الدية ، وإن ذهبا معا في ضربة ففيهما دية واحدة لأن أحدهما من الأخر ، وقال بعض شيوخنا القياس أن تكون فيهما ديتان قال : لأن كل واحد إذا انفرد بالذهاب كانت فيه فباجتماعهما لا تسقط.

فصل [٥ - وجوب الدية في السمع] :

وفي السمع إذا ذهب الدية ، فكذلك البصر لعظم منفعتهما ، فإن ذهب [١] من إحدى الجهتين ففيها نصف الدية أعني أن البصر إذا ذهب في إحدى العينين ففيه نصف الدية [٢] ، والسمع إذا ذهب من إحدى الجهتين [٣] ففيه نصف الدية ، وإن ضربه فأذهب سمعه وبقى أذناه ففي ذهاب السمع الدية ، وإن قطع أذنيه وبقي السمع ففيها الدية ، وإن ذهبا في ضربة واحدة [٤] ففيهما الدية ، وقال شيخنا الذي حكينا عنه القياس أن تكون فيها ديتان أو دية وحكومة على حسب اختلاف قوله في الأذنين ، ووجه ذلك ما ذكرناه في ذهاب [٥] الشم والأنف [٦] .

فصل [٦ - وجوب الدية في الصلب] :

وفي الصلب [٧] إذا كسر الدية [٨] ، لأنه يذهب به منفعة جليلة مقصودة يتمكن معها من التقلب في الصنائع والتصرف في المعاش فذهابه زمانه كقطع

---

(١) في م : ذهبا .

(٢) ففيه نصف الدية : سقط من م .

(٣) في م : الأذنين .

(٤) في ضربه واحدة : سقطت من م .

(٥) ذهاب : سقطت من ق .

(٦) انظر : الموطأ :٢/ ٨٥٧ ، المدونة :٤/ ٤٣٦، التفريع :٢/ ٢١٤ ، الرسالة :٢٣٧، الكافي :٥٩٧.

(٧) الصلب : المقصود به الظهر (الفواكه الدواني :٣/ ٢٠٦).

(٨) انظر : المدونة :٤/ ٤٣٥ ، التفريع :٢/ ٢١٥، الرسالة:٢٣٧،الكافي:٥٩٧.

الرجلين ، وذلك إذا آل إلى القعد ، فإما إن قدر على القيام والمشي على قصر[1] ففيه الاجتهاد بحسابه من الدية إن عرف قدر النقص .

فصـل [٧ - وجوب الدية في اللسان] :

وإذا قطع من اللسان ما منع الكلام ففيه الدية ، وإن ذهب بعضه ففيه الدية بحسابه [2] ، لما روي في ذلك مرفوعاً [3] ، ولأن فيه منفعة كاملة مقصودة وجمالاً ظاهراً لأن ضده الخرس الذي يتعذر معه التصرف في المعاش وغيره إلا على كلفة ومشقة ، وفي ذهاب البعض بحسابه اعتباراً بذهاب المنافع التي تجب بذهابها الدية من السمع والبصر وغيرهما .

فصـل [٨ - وجوب الدية في الذكر] :

وفي الذكر الدية لما روي في الحديث ، وكذلك الأنثيين فإن قطعا معا ففيهما ديتان ، وإن قطع أحدهما بعد الآخر في ضربة واحدة ففيها روايتان : إحداهما أن فيهما ديتين ، والأخرى أن في الأولى دية وفي الثاني حكومة [4] .

وإنما قلنا إن فيهما ديتين للجمال بهما والمنفعة الكاملة المقصودة ، ووجه القول بأن فيهما ديتين، وإن قطع أحدهما بعد الآخر [5] في فور واحد قوله «وفي الذكر الدية » [6] ولم يفرق ، ولأن الفور الواحد يجري مجري القطع الواحد وأنه لم

---

(١) في م : في تقصر .

(٢) انظر المدونة :٤/ ٤٣٤ ، الرسالة : ٢٣٧ ، الكافي :٥٩٧ .

(٣) قوله « وفي اللسان الدية » في حديث عمرو بن حزم الذي سبق تخريجه في الصفحة ص ١٣٢٠ .

(٤) انظر : المدونة : ٤/ ٤٣٥، التفريع :٢/ ٢١٥ ، الرسالة :٢٣٧ ، الكافي :٥٩٨.

(٥) في م : دون الآخر وفي ق : بعد الأول .

(٦) سبق تخريج الحديث ص ١٣٢٠ .

يسبق أحدهما الآخر ، ووجه القول إن في الثانية [1] حكومة أن المتأخر منهما لا منفعة فيه بعد ذهاب الأول فأشبه أن يقطع بعد اندمال الأول .

فصــل [٩ - في أقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر] :

وأقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر ذهاب الحشفة لأن المنفعة المقصودة بها تتعلق من اللذة وغيرها ، وفي قطع بعضها بحسابها وما قطع بعد ذلك فبحسابه .

فصــل [١٠ - وجوب الدية في عين الأعور] :

وفي عين الأعور الدية كاملة [2] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : إن فيها نصف الدية [3] ، لأن في ذلك إجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر [4] رضي الله عنهم [5] ، ولا مخالف لهم ، ولأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو لأن من ضرب يد رجل فأشلها لزمته الدية ، وكذلك لو قطعها فوجدنا منفعة البصر [6] تكمل لذي العين الواحدة إذ يدرك بها مثل ما يدركه ذو العينين أو قريبا منه ، فإذا أتلف عليه فقد أتلف جميع منفعة البصر فكان كمتلف العينين .

فصــل [١١ - فيما يجب في السن] :

وفي السن خمس من الإبل [7] ، لورود الخبر بذلك [8] ، ومقدم الفم

---

(١) في م : الثاني .

(٢) انظر : المدونة :٤/ ٤٤٠ ، التفريع :٢/ ٢١٥، الرسالة :٢٣٧، الكافي :٥٩٨.

(٣) انظر : مختصر الطحاوي :٢٤١، الأم :٦/ ١٢٢.

(٤) البيهقي :٨/ ٩٤، مصنف ابن أبي شيبة :٩/ ١٩٦، مصنف عبد الرزاق :٩/ ٣٣١.

(٥) رضي الله عنهم : سقطت من م .

(٦) في ق : المنفعة بالبصر .

(٧) انظر : المدونة :٤/ ٤٣٦ ، التفريع :٢/ ٢١٥، الرسالة:٢٣٧، الكافي :٥٩٧.

(٨) قوله ﷺ « وفي السن خمس من الإبل » في حديث عمرو بن حزم الذي سبق تخريجه في الصفحة ١٣٢٠ .

والأضراس لوقوع الاسم على الجميع [1] ، وإذا ضربت السن فاسودت ففيها العقل لذهاب منفعتها ، ثم إذا طرحت بعد ذلك ففيها عقلها أيضاً لذهاب الجمال بها كالأنف يضرب فيذهب الشم ففيه الدية ، ثم إذا قطع بعد ذلك ففيه دية أخرى لذهاب الجمال به .

فصل [١٢ - فيما يجب في الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة] :

وإنما قلنا في الموضحة نصف العشر ، لقوله ﷺ : « وفي الموضحة خمس من الإبل » [2] ، ولاخلاف في ذلك [3] ، فإن برئت على شين [4] ، فقال مالك يزاد فيها بقدره لأنه نقص حدث عن جناية كما لو كانت في الجسد ، وقال أشهب لا يزاد بها شيء [5] ، ووجه ذلك قوله :« في الموضحة خمس من الإبل» [6] ، ولم يوجب زيادة عليه ، ولأن المقدار إذا وجب فيها لم يكن بعد ذلك حكم . وإنما قلنا إن في المنقلة عشر ونصف عشر الدية لقوله ﷺ « وفي المنقلة خمس عشر فريضة » [7] ولا خلاف في ذلك [8] .

---

(١) في م : على الجمع .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ١٣٢٠ .

(٣) انظر : بداية المجتهد - مع الهداية تخريج أحاديث البداية :٨/ ٤٩٠ المغني : ٨/ ٤٣.

(٤) أي على غير جمال .

(٥) انظر : الموطأ ٢/ ٨٥٨ ، المدونة :٤/ ٤٣٤ ، التفريع :٢/ ٢١٥ ، الرسالة: ٢٣٧، الكافي :٥٩٩ .

(٦) سبق تخريج الحديث ص ١٣٢٠ .

(٧) سبق تخريج الحديث ص ١٣٢٠ .

(٨) انظر : بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية - : ٨/ ٤٩٢ ، المغني: ٨/ ٤٦ .

(وإنما قلنا إن في المأمومة ثلث الدية وكذلك في الجائفة لأ ذلك مروي في الحديث ولا خلاف فيه)[1] وإنما قلنا إن فيما دون الموضحة الاجتهاد وكذلك جراح الجسد والهاشمة لأن مقادير العقل لا تؤخذ بالقياس وليس في ذلك شرع بتقدير فلم يبق إلا الاجتهاد ، ومعنى الحكومة والاجتهاد واحد وهو أن يقوَّم المجني عليه لو كان عبدا كم يساوي سليما لا جراح فيه فيقال مائة دينار[2] ثم يُقوَّم وبه الجراح فيقال ثمانين دينارا فيعلم أن الجناية قد نقصت خمس قيمته فيجعل ذلك جزءاً من ديته فيلزم الجاني خمس دية المجروح .

فصل [١٣ - عقل ما لا قود فيه من الجراح هل تحمله العاقله ؟] :

عقل ما لا قود فيه من الجراح كالمأمومة والجائفة فيه ثلاث روايات : إحداها أنه على العاقلة ، والأخرى أنه في مال الجاني ، والثالثة أنه يبدأ بمال الجاني فإن كان فيه وفاء وإلا كان الباقي على العاقلة ، فوجه الأولى أنها جناية استحق المال بها بنفسها لمنع القود فيها فحملتها العاقلة أصله الخطأ ، ووجه الثانية جناية عمد فلم تحملها العاقلة كالذي يجب فيه القود ، ووجه الثالثة أن هذا الجرح قد أخذ شبها من العمد وشبها من الخطأ ووجدنا شبهه بالعمد أكثر فوجب أن يبدأ بمال الجاني كما يفعل في دية العمد فإن وفي وإلا تمم من العاقلة لشبهه بالخطأ في منع أخذ القود[3] .

فصل [١٤ - فيما يجب في أصابع اليدين والرجلين] :

وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل[4] ، لقوله ﷺ :

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) فيقال مائة دينار : سقطت من ق .

(٣) انظر : المدونة :٤/ ٤٣٤،٤٣٥ ، التفريع :٢/ ٢١٣، الرسالة:٢٣٧، الكافي : ٥٩٩.

(٤) انظر : المدونة :٤/٤٣٨، التفريع :٢/ ٢١٥، الرسالة: ٢٣٧ ، الكافي :٥٩٨.

« وفي كل أصبع مما هنالك [1] عشر من الإبل » [2] ، ولأن في اليد الواحدة والرجل الواحدة [3] خمسون من الإبل والدية تجب فيها بذهاب الأصابع فيجب أن يكون في كل أصبع عشرة ، وفي كل أنملة ثلاثة أباعر [4] وثلث لأن الأنملة ثلثها ففيها ثلث ديتها إلا في الإبهام ففي كل أنملة منهما خمس لأنهما أنملتان فالأنملة منهما نصفها .

* * *

---

(١) مما هنالك : سقطت من م .

(٢) سبق تخريج الحديث ١٣٢٠ .

(٣) والرجل الواحدة :سقطت من ق .

(٤) أباعر : جمع بعير .

باب [- في دية المرأة والكتابي والمجوسي والعبد ...]

ودية المرأة على النصف من دية الرجل [1] لقوله ﷺ « دية المرأة على نصف من دية الرجل » [2] ، وأما دية جراحها فإنها تساوي الرجل فيما دون ثلث الدية، ويرجع إلى حساب ديتها فيما زاد على ذلك وإذا قطع لها أصبع أو أصبعان أو ثلاثة أخذت ثلاثين من الإبل فإن قطع بها أربع أصابع أخذت عشرين بحساب ديتها .

و إنما قلنا ذلك خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ، [3] لأنه إجماع أهل المدينة نقلا [4] ، وقد أغلظ سعيد بن المسيب لربيعة بن أبي عبد الرحمن [5] لما سأله عن ذلك وحاجه من طريق المقايسة وقال أعراقي أنت لما قال له : أحين عظمت مصيبتها واشتد جراحها قل عقلها فقال هي السنة [6] ، ولأن كل إتلاف كان موجبه أقل من ثلث الدية فإن الأنثى تساوي الذكر فيه أصله دية الجنين .

فصل [١ - في دية الكتابي] :

دية الكتابي نصف دية المسلم ، [7] خلافاً لأبي حنيفة في قوله مثل دية

---

(١) انظر : الموطأ :٨٥٤ ، المدونة :٤٣٩/٤ ، التفريع :٢١٦/٢ ، الرسالة : ٢٣٧ الكافي : ٥٩٦ .

(٢) أخرجه البيهقي :٩٥/٨ وضعفه وروي موقوفا على علي ومرفوعاً إلى النبي ﷺ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٤٠ ، الأم :١٠٦/٦ .

(٤) انظر : الموطأ :٨٥٤/٢ .

(٥) بن أبي عبد الرحمن : سقطت من ق ومن م .

(٦) الموطأ : ٨٦٠/٢ .

(٧) انظر : المدونة :٤٧٢/٤، ٤٧٩، التفريع :٢١٦/٢، الرسالة:٢٣٧، الكافي:٥٩٧ .

المسلم[1] ، وللشافعي في قوله ثلث دية المسلم[2]، فدليلنا على أبي حنيفة أن الديات موضوعة على التفاضل في الحرم ألا ترى أن النساء لما انخفضت حرمتهن عن حرمة الرجال نقصت دياتهن عن ديات الرجال فالكافر أخفض حرمة من المسلم للنقص المانع من قول شهادته ومواريثه وإنكاحه للمسلمات والاسهام له في الغنيمة وغير ذلك ، فكذلك يجب أن ينقص عنه في الدية ولأنها بدل عن النفس فكان الكفر مؤثرا في نقصانها كالقصاص ، ودليلنا على الشافعي أن كل نوع نقصت ديته عن دية المسلم الذكر إلى جزء منه فإن ذلك الجزء هو النصف أصله دية المرأة المسلمة ، ولأنه جزء تنقص الدية إليه فلم يجز أن يكون دون النصف اعتباراً بالربع .

فصل [٢ - في دية المجوسي] :

دية المجوسي ثمان مائة درهم [3] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنها مثل دية المسلم [4] ، لأن عمر بن الخطاب حكم بذلك بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد وكان يكتب إلى عماله بذلك بحضرة المهاجرين والأنصار [5] ، ولأن كل جنس لا يؤكل ذبيحته ولا تنكح نساؤه فلا يجب بإتلافه ما يجب بإتلاف المسلم أصله الوثني والمرتد، ولأنا قد بينا أن نقصان الحرم بالأديان يؤثر في نقصان الدية فلما كان الكتابي أخفض دية من المسلم نقصت ديته عن ديته كذلك المجوسي لما نقصت حرمته عن حرمة الكتابي وجب أن تنقص ديته ، وديات نساء أهل الكتاب والمجوس في نفوسهم وجراحهم على حساب ديات نساء المسلمين من رجالهم.

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٤٠ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - : ١٥٤/٣ .

(٢) انظر : الأم : ١٠٥/٦ ، الاقناع : ١٦٤ .

(٣) انظر : المدونة : ٤٨٠/٤ ، التفريع : ٢١٦/٢ ، الرسالة: ٢٣٧ ، الكافي : ٥٩٧ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي : ٢٤٠ .

(٥) أخرجه البيهقي : ١٠١/٨ .

فصـل [٣ - في دية العبد] :

وفي قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت [١] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه لا يبلغ به دية الحر [٢] ، لأنه مملوك فوجب أن يضمن في إتلافه بكمال قيمته كالبهائم والسلع ، ولأنه نسب يضمن به العبد فوجب أن يضمن بكمال قيمته أصله اليد والعين .

فصـل [٤ - فيما يجب في الجناية على العبد] :

في كل جناية على العبد فيما دون النفس ما نقص عن قيمته إلا في الشجاج الأربع الموضحة والمنقولة والمأمومة والجائفة ففي كل واحدة من هذه بقيمته بقدر ما في الحر من ديته ، ففي موضحة العبد نصف عشر قيمته وفي منقلته عشر ونصف عشر قيمته ، وفي مأمومته ثلث قيمته ، وكذلك للجائفة [٣] ، وقال الشافعي في كل جناياته مثل ما في جنايات الحر من ديته [٤] .

وإنما قلنا ذلك لأنها جناية على مملوك أتلف جزءاً منه وأثرت نقصا فيه فوجب أن يكون فيها بقدر [٥] ما نقص من قيمتها أصله البهائم ، فأما الشجاج الأربع فإنما قلنا إن فيها بقدر ما في الحر من ديته لأنها قد تبرأ على غير نقص فلو لم يجعل فيها بقدر ما في دية الحر من قيمة العبد لأدى ذلك إلى بطلانها لأنه ليس هنالك نقص من القيمة يرجع إليه وسائر الجراح بخلافها لأنها تؤثر نقصا لا محالة .

---

(١) انظر : المدونة: ٤/ ٤٦٥ ، التفريع :٢/ ٢١١ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي :٢٤٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - : ٣/ ١٦٨ - ١٦٩ .

(٣) انظر : المدونة :٤/ ٤٦٥، التفريع :٢/ ٢١٢ .

(٤) انظر : الأم :٦/ ١٠٤ ، الاقناع :١٦٦ .

(٥) بقدر : سقطت من ق .

فصـــل [٥ - في عدم تحمل العاقلة قيمة العبد] :

ولا تحمل العاقلة قيمة العبد (١) إذا قتل خطأ (٢) خلافاً للشافعي (٣) ، لأنهما إتلاف مال فلم تحمله العاقلة كالبهائم .

فصـــل [٦ - فيما يجب في ذكر الخصي وفي اليد الشلاء] :

في ذكر الخصي الاجتهاد (٤) خلافاً للشافعي (٥) ، لأن منفعته ناقصة لأنه لا ينزل ووطؤه ناقص ولزوجته الخيار إذا تزوجته فلم يستحق به كمال الدية وكذلك في اليد الشلاء لأن منفعتها معدومة وهي ميتة فلا يجب القصاص بها من الصحيحة ، وكذلك العين القائمة .

فصـــل [٧ - إذا قتل عبد عبداً أو حراً] :

إذا قتل عبد عبداً أو حراً فأولياء المقتول بالخيار إن شاءوا قتلوا (٦) لأن دمه مكافيء لدم العبد وناقص عن دم الحر ، وإن شاءوا استرقوه لأن جنايته متعلقة برقبته فسيد القاتل بالخيار إن شاء افتكه بأرش الجناية وهي قيمة العبد المقتول أو دية الحر ، وإن شاء أسلمه فصار ملكاً للمجني عليه .

وإنما قلنا إنه مخير لأن سيد العبد المقتول قد أسقط حقه من القصاص إلى أخذ بدل عن جنايته وهو غير مستحق للرقبة بنفس الجناية دون إسلام السيد إياها، والذي وجب له الأرش فإذا بذل له فقد سقط حقه من الرقبة فإن افتكه

---

(١) انظر : المدونة : ٤/٤٤٧ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي :٥٩٥ .

(٢) خطأ : سقطت من ق .

(٣) انظر : الأم :٦/٢٧ ، مختصر المزني :٢٧٤ ، الاقناع :١٦٦ .

(٤) انظر : المدونة :٤/٤٣٧، ٤٤٠، الكافي :٥٩٣ ، ٥٩٨ ، ٦٠٠ .

(٥) انظر : الأم : ٦/١٢ ، مختصر المزني :٢٤٦ .

(٦) انظر : الموطأ ٢/٨٦٣ ، المدونة : ٤/٤٤٥ ، التفريع :٢/٢١٦ ، الكافي : ٥٩٠.

سيده بالأرش عاد إلى ملكه كما كان قبل الجناية ، وإن امتنع أن يفديه لزمه إسلام رقبته وصار ملكا للمجني عليه ، وإنما قلنا ذلك لما قدمناه أن الجناية تعلق شيء[1] برقبته وجعل لسيده افتكاكه ورده إلى ملكه فإذا لم يختر ذلك فقد رضي بتركه.

وقال أصحاب الشافعي يخير سيد العبد القاتل بين أن يفديه بالأرش أو يسلمه فيكون لسيد المقتول جميع ثمنه إن كان بإزاء الأرش ، أو دونه وليس له شيء آخر إن كان الأرش أكثر من ثمنه ، فإن زاد الثمن على الأرش كان له منه بقدر الأرش وكان الفاضل لسيده ، وليس له أن يملك رقبته [2] .

ودليلنا أن الجناية لا تخلوا أن تكون متعلقة برقبة العبد أو بمال السيد : فإن كانت [3] متعلقة بمال السيد وجب أن يؤخذ من سائر ما يملكه من العبد وغيره ولا يبطل بتلف العبد كسائر الجنايات وذلك باطل ، وإن كانت متعلقة [4] برقبة العبد وجب أن يستحق الرقبة بدلا من أرش الجناية لتعلقها به لأنه ليس معنى تعلقها بالرقبة أكثر من أن حق المجني عليه قد انتقل إليها فكان له بأن يملكها[5]، وإنما جعل للسيد إسقاطها عن الرقبة ببدل [الأرش] فإذا لم يفعل فقد اختار تسليمها .

فصـل [٨ - في تضمين السائق والقائد والراكب] :

السائق والقائد والراكب ضامنون بجناية الدابة [6] لأن ذلك بتفريط منهم في إمساكها أو حادث عن إثارتهم لها إلا أن يكون ما فعلته كان ابتداء لا صنع لهم

---

(١) شيء : سقطت من م .

(٢) انظر : الأم :٦/٢٥، مختصر المزني :٢٣٧ ، الاقناع :١٦٢ .

(٣) في م : كان .

(٤) في م : تعلقه .

(٥) في ق : تملكه .

(٦) انظر : الموطأ :٢/٨٦٩ ، المدونة :٤/٥٠١ ، الرسالة : ٢٣٩ .

فيه فلا شيء عليهم منه ويكون ذلك هدراً لقوله ﷺ : « جرح العجماء جبار »[1] أي لا شيء فيه ، وكذلك إذا كانت واقفة وحدها بحيث يجوز لصاحبها أن يقفها فأصابته إنساناً فهو هدر لا شيء فيه .

فصل [٩ - ما تلف في معدن أو بئر من غير فعل] :

وما تلف في معدن أو بئر من غير فعل أحد فهو هدر [2] لقوله ﷺ « البئر جبار والمعدن جبار » [3] ، ولأن تلفه لا صنع لأحد فيه فكان هدراً .

فصل [١٠ - إذا جرح عدة جراحات تجب فيها عدة ديات] :

إذا جرح عدة جراحات تجب فيها عدة ديات فله جميع ذلك [4] ، لأن كل جراحة قائمة بنفسها لا يسقط ما يجب بها بمشاركة غيرها لها إلا أن تصير نفسا فتجب الدية فيه ويسقط ما عداها وذلك إذا مات في الحال .

* * *

---

(١) أخرجه البخارى في الزكاة باب في الركاز الخمس :٢/١٣٧ ، ومسلم في الحدود باب جرح العجماء والمعدن :٣/١٣٣٤ .

(٢) انظر : الموطأ :٢/٨٦٩ ، المدونة :٤/٥١٠ ، الرسالة:٢٣٩ .

(٣) هو جزء من الحديث السابق .

(٤) انظر : الشرح الكبير - مع حاشية الدسوقي - :٤/٢٥٠ .

باب [في حكم القسامة وصورتها]

والحكم بالقسامة [1] واجب [2] ، وصورتها : أن يوجد قتيل لا يعلم من قتله فيدعي أولياؤه الدم على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم ويكون معهم لوث يقوي دعواهم ، واللوث : أمارة يغلب معها عند الظن صدقهم ، فيحلف الأولياء ، على ما يدعونه ويجب لهم في العمد القود ، والدية في الخطأ ونحن نبين تفضيل ذلك .

فصـل [١ - إذا ادعى قوم أن دم مقتول لهم لا يعرف قتله عند رجل بعينه] :

إذا ادعى قوم أن دم مقتول لا يعرف قتله عند رجل بعينه قتله عمدا ، ولا بينة لهم على ذلك والمدعى عليه ينكر : فإن كان معهم لوث حلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعدا من العصبة خمسين يميناً تردد الأيمان على عدد رؤوسهم واستحقوا [3] الدم فقتلوا أو عفوا واللوث هو أن يقول المقتول : دمي عند فلان عمدا إذا كان بالغا مسلما حرا عدلا أو فاسقا ذكرا كان أو أنثى ، ومن اللوث الشاهد العدل يشهد [4] على رؤية القتل أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول عليه بيده سكين أو سيف وثيابه ملوث بالدم .

فأما الشاهد الواحد والجماعة غير العدول والنساء ففيهم روايتان : إحداهما أن شهادتهم لوث والأخرى أنها ليست بلوث ومن أصحابنا من يجعل شهادة العبيد

---

(١) القسامة: في اللغة الأيمان ، وفي الاصطلاح : هي حلف خمسين يمينا أو جزءها على إثبات الدم (انظر المصباح المنير :٥٠٣ ، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع :٤٨٤) .

(٢) انظر : الموطأ :٨٧٧/٢ ، المدونة : ٤٩٤/٤ ، التفريع :٢٠٧/٢ ، الرسالة : ٢٣٤ ، الكافي :٦٠١ ، المقدمات :٣٠١/٣ .

(٣) في ق : يستحقوا .

(٤) في م : شهيد .

والصبيان لوثا فإذا وجد اللوث بدىء بأولياء الدم على ما بيناه فحلفوا ولهم أن يستعينوا من عصبة الميت بمن يحلف معهم ، وإن لم تكن له ولاية في الدم مثل أن يترك بنين وأخوة وعمومة فالولاية للبنين : فإن شاءوا حلفوا وإن شاءوا أدخلوا معهم إخوة الميت وعمومته فخففوا [(١)] عنهم وحلفوا معهم ، وإن كان ولي الدم واحدا لم يحلف وحده ولكن يستعين من عصبته من يحلف معه ، وإن كان [(٢)] ولاة الدم خمسين حلف كل واحد يميناً واحداً ، وإن زادوا على الخمسين ففيها روايتان : إحداهما يحلف منهم خمسون فقط ، والأخرى أنهم يحلفوا كلهم ويجبر كسر اليمين بإكمالها على من عليه أكثرها ، وإذا نكل المستعان بهم من الأيمان لم يؤثر نكولهم وحلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعدا فإن نكل بعض ولاة الدم عن الأيمان وقد بقي اثنان [(٣)] أو أكثر ففيها روايتان :

إحداهما أن للباقين أن يحلفوا ويأخذوا أنصبائهم من الدية ، والأخرى أن الأيمان ترد على المدعى عليه فإن حلف سقطت الدعوى عنه ، وأن نكل ففيها روايتان : إحداهما (أنه يحبس إلى أن يحلف فإن طال حبسه خلي ، والأخرى أن الدية تلزمه في ماله إذا أقسموا ثم عفى بعضهم سقط الدم وكان لمن لم يعف نصيبه من الدية ، وهذا في الولد والأخوة رواية واحدة ، وفي غيرهم من العصبة روايتان :)[(٤)] إحداهما مثل هذا ، والأخرى أن من نكل منهم على الأيمان حلف الباقون واستحقوا الدم ، ولم يقتل بالقسامة إلا واحد ويجلد الباقون كل واحد منهم مائة جلدة [(٥)] ويحبس عاما وكذلك قاتل العمد إذا عفى عنه . وإذا ادعى ولاة القتل على جماعة اختاروا واحدا يقسمون عليه ويقتلونه .

---

(١) في م : فحلفوا .

(٢) في م : كانوا .

(٣) في م : إنسان .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) جلدة : سقطت من م .

وإذا اختلف ولاة الدم في صفة القتل : فقال بعضهم (خطأ وقال بعضهم عمدا أقسموا على القتل وكانت لهم الدية ، فإن قال بعضهم)[1] عمداً وقال الآخرون لا علم لنا بقتله لم يقسم أحد منهم ، وإن قال بعضهم خطأ ، وقال الآخرون لا علم لنا أقسم مدعو القتل وأخذوا حقوقهم من الدية ، وقال شيخنا[2] أبو بكر القياس ألا يقسموا ، ولا قسامة في عبد ولا أمة ولا ذمي ولا في جراح[3] ولا في من وجد قتيلا في محلة قوم .

وإذا اقتتلت قبيلتان[4] فوجد بينهما قتيل ففيها روايتان : إحداهما إن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله ويقتلونه ، والأخرى أنه لا قسامة[5] فيه ، فإن كان من إحدى الفريقين فعقله على الأخرى ، وإن كان من غيرهما فعقله عليهما ، ويجلب في القسامة إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان من أعمالها دون ما زاد على ذلك ، والقسامة في الخطأ واجبة لورثة المقتول من الرجال والنساء يحلف فيها الواحد وحده العصبة وغير العصبة والزوج والزوجة ، والأيمان على قدر مواريثهم ويجبر كسرها على من عليه أكثرها ، وإذا قال المقتول قتلني فلان خطأ[6] ففيها روايتان : إحداهما أنه لوث والأخرى أنه ليس بلوث[7] .

فصل [٢ - في دليل وجوب العمل بالقسامة] :

وإنما قلنا إن الحكم بالقسامة واجب لأن النبي ﷺ حكم بها على ما سنبينه ، ولأن في ترك الحكم بها إضاعة الدماء لأن من يريد قتل غيره إنما يتعمد به مواضع

---

(١) ما بين القوسين سقط من م .

(٢) في م : روينا عن .

(٣) في م : اخراج .

(٤) في م : فئتان .

(٥) في : مقاسمة .

(٦) أي قبل أن يموت يذكر من قتله

(٧) في جملة أحكام القسامة : انظر الموطأ :٢/٨٧٧ ، المدونة : ٤/٤٩٤ ، التفريع : ٢/٢١٧ ، الرسالة : ٢٣٤ ، الكافي :٦٠١ ، المقدمات :٣/٣٠١

الخلوات [1] التي يأمن فيها من يراه بالغالب ، فلولم يحكم فيها باللوث لم يشأ[2] من يريد قتل غيره ويأمن من أن يأخذ به إلا وفعل من غير تعذر عليه في الغالب ، وقد روى أن القسامة كانت في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ [3] ، وإنما قلنا إن أولياء الدم يبدؤون باليمين خلافا لأبي حنيفة في قوله إن الأولياء لا يحلفون وإنما الأيمان . على المدعى عليهم [3] ، لقوله ﷺ للأنصار « أتحلفون خمسين يميناً وتسحقون دم صاحبكم قالوا لم نحضر قال فتحلف لكم اليهود ، فبدأ الأولياء بالأيمان فلما نكلوا عدل بها إلى المدعى عليهم » [5] ولأن الأيمان [6] في الأصول تجب على أقوى المتداعيين سببا والأولياء قد قوى سببهم باللوث الذي يغلب معه على الظن صدقهم فيه فكانت اليمين في جنبهم [7] .

وإنما قلنا إن أقل من يحلف اثنان لأن أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البينة فلما لم يكف في البينة شهادة واحدة فكذلك لا يكفي في الإيمان واحد ، وكذلك روي في الحديث أنه ﷺ عرضها على الجماعة فقال أتحلفون وتستحقون[8] .

وإنما قلنا إن الأيمان إلى العصبة فى دعوى : دم العمد لأنه ليس طريقها الميراث

---

(1) في م : الخلو .

(2) العبارة بهذا اللفظ في المخطوطتين وكذلك في كتاب « الأشراف :1992 » ولعل أصل العبارة - كما قال محقق الاشراف - لكان ما من أحد يريد قتل غيره .... إلخ .

(3) أخرجه مسلم في القسامة باب القسامة : 3/ 1295 .

(4) انظر مختصر الطحاوي 248 ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : 3/ 172 .

(5) أخرجه البخاري في الأحكام باب كتاب الحاكم إلى عماله : 8/ 120 ومسلم في القسامة باب القسامة: 3/ 1294 .

(6) في م : اليمين .

(7) في ق : نسائهم وهو غلط .

(8) كما جاء في الحديث الذي روي قريباً .

لأنها مستحقة بالنصرة والولاية كالنكاح فهو كذلك تُعقل عن القاتل عصبته دون سائر ورثته ، وإنما قلنا إن الأيمان خمسون يمينا لقوله ﷺ للأنصار « يحلفون خمسين يميناً » [(١)] ، ولا خلاف في ذلك [(٢)] ، وإنما قلنا إن الإيمان ترد عليهم لأنا لو أحلفنا كل واحد خمسين لكانت أيمان القسامة أكثر من خمسين ولم تكن مقدرة وذلك غير صحيح .

وإنما قلنا إنها على عدد الرؤوس لأنه ليس طريقها الميراث فيتساوون في كل الأحكام ، وإنما قلنا إنهم يستحقون الدم [(٣)] إذا حلفوا خلافاً للشافعي في قوله لا يستقاد [(٤)] بها الدم [(٥)] وقوله ﷺ :« أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم » [(٦)]، وروي : قاتلكم » [(٧)] ، وقوله « تقسمون خمسين يمينا على رجل منهم ادفعه إليكم برمته[(٨)] » [(٩)] ولأنها حجة ثبت بها قتل العمد [(١٠)] فوجب أن يستحق بها قتل [(١١)] من ثبت عليه كالشهود .

(وإنما قلنا إنه لا بد من لوث يحلفون معه لأن الأيمان في الأصل على المدعى

---

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) انظر المغنى :٨/٦٨ .

(٣) الدم : سقطت من م .

(٤) في م : لا تشاط .

(٥) انظر الأم :٦/ ٩٢، ٩٦ ، مختصر المزني :٢٥١ ، الاقناع :١٦٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث ص ١٣٤ .

(٧) هو في الصحيحين كذلك ، انظر تخريج الحديث السابق .

(٨) برمته : أي بجميعه وهو يطلق على كل ما لا ينقص ولا يؤخذ منه شيئاً (المصباح المنير : ٢٤٠) .

(٩) هذا الحديث متفق عليه وقد سبق تخريجه .

(١٠) في ق : بملكه .

(١١) في ق مثل .

عليهم لأنهم أقوى سببا ، ولأنهم بريئون في الأصل فوجب اعتبار سبب تقوى به جنبة الأولياء ليتمكن نقل الأيمان إليهم دون مجرد الدعوى) [1] .

فصـــل [٣ - لم كان قول المقتول في العمد دمي عند فلان لوثاً ؟]

وإنما قلنا إن قول المقتول في العمد دمى عند فلان لوث خلافا لأبي حنيفة والشافعي [2] ، لقوله تعالى : ﴿ فقلنا أضربوه ببعضها ﴾ [3] والقصة معروفة في الرجل الذي قتله ابن أخيه ورمى أهل القرية بقتله فأمر الله تعالى بذبح [4] بقرة وبضرب المقتول ببعضها فإنه يحيى ويخبر بقاتله ففعلوا ذلك فحييى المقتول وقال : قتلني ابن أخي ، فصار ذلك أصلا في قبول قول المقتول وتأثيره في الحكم بدمه ، ولأن اللوث سبب ينضم إلى دعوى أولياء ، المقتول يقوي به دعواهم ، وحال الموت حال تقرب إلى الله تعالى وإقلاع عن المعاصى وتوبة من الذنوب هذا هو الظاهر من المسلمين والعادة فيهم فلا يتهمون في الحال بتزويرهم عند ورودهم على الله ، وقتل النفس [5] المحرمة وسفك الدماء المحظورة ، ولأنه ليس أحد[6] أعدى للإنسان من قاتله فلا يجوز أن يظن به دعوى الدم وغيره .

وإذا ثبتت هذه الجملة كان قوله دمي عند فلان أمارة قوية في صدقه ، فكان للأولياء أن يحلفوا معه ، وإنما شرطنا أن يكون بالغا لأن الصبى لا حكم لقوله ولا يقتل بدعواه ،وشرطنا أن يكون مسلما لأن الذمي لا قسامة فيه على ما نبينه ، وشرطنا أن يكون حرا لأن العبد مال والقسامة لا تكون في مال ولم نشرط أن

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) انظر المبسوط : ١٠٧/٢٦ - ١٠٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ١٦٥/٤ ، المغنى : ٧٩/٨ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٧٣ .

(٤) في م و ر : أن تذبح .

(٥) في ق : النفوس .

(٦) أحد : سقطت من م ومن ر .

يكون عدلاً ولا ذكراً لأن الأيمان لايراعى فيها ذلك ، ولأن الغالب من المسلمين عند الموت انتفاء التهمة وتحري (١) الصدق .

فصل [٤ - في كون الشاهد العدل لوث] :

وإنما قلنا إن الشاهد العدل لوث لأنه يقوى الظن به ، ولأن له تأثيراً في الأصول في نقل اليمين إلى جنبة المدعى ، وسواء رآه أو رأى آثار القتل على من يدعى عليه الدم لأن كل ذلك تقوى معه الدعوى ، ووجه قوله في غير العدل وفي جماعة النساء إن [شهاتهم] (*) لوث فلان الدعوى تقوى بها ، ولأن الغالب من حال الجماعة الذين ظاهرهم الإسلام والحرية (٢) أنهم لا يشهدون الزور في الدم .

ووجه قوله إنها ليست بلوث أن شهادة النساء لا مدخل لها في إثبات الحقوق فلم يكن لوثا ، وإنما قلنا لولاة الدم أن يستعينوا بغيرهم من العصبة فيخففوا عنهم فلأن كلهم (٣) عصبه وأهل نصرة والأيمان لهم وكذلك للمدعى عليه أن يستعين بغيره من عصبته فيحلف معه إلا أن يدعي الدم على جماعة فلا يبرأ كل واحد منهم إلا بأن يحلف خمسين يمينا ، ووجه قوله إن الأولياء إذا كانوا أكثر من خمسين حلف كل (٤) واحد يمينا واحداً لأن الأيمان حق على كل من كان له نصيب في الدم فوجب أن يحلف كل واحد أصله إذا كانوا خمسين رجلاً ، ووجه قوله يحلف منهم خمسون فقط أن الخمسين يمينا حاصلة فلم يحتج إلى زيادة عليها أصله إذا كانوا خمسين أو أقل .

وإنما قلنا إن نكول المستعان بهم لا يؤثر لأنه لا حق لهم في ولاية الدم ألا

---

(١) في ق : يجرى .

(*) هكذا بالأصل ، ولعل الصواب : « شهادتهم » .

(٢) في م : الخير .

(٣) في م : كل واحد .

(٤) كل : سقطت من م .

ترى أن الدم يستحق مع عدمهم ، وكل من لا حق له في ولاية الدم لم يتعلق سقوط الدم به ، ووجه قوله إنه إذا نكل بعض ولاة الدم فلمن بقي [1] أن يحلفوا أو يستحقوا من الدية بقدر أنصبائهم فلأن بنكولهم لم يسقط حق غيرهم في قتل الخطأ .

وإنما قلنا إن الواجب يكون دية لا دما لأن الدم لا يتبعض فإن سقط بعضه تعذر أخذ البعض وصار إلى الدية ، ووجه قوله إنه ليس لمن بقى أن يحلف وترد اليمين على المدعى عليهم هو أن الحق لجماعتهم فليس بعضهم بإثباته بأولى من بعض وإذا ردت على المدعى عليه : فإن كان واحدا لزمه أن يحلف خمسين يمينا لقوله (أو تبريكم يهود بخمسين يميناً) [2] ، ولأنها أيمان تعلقت بإحدى جنبتي القسامة فكانت خمسين يمينا أصله في جنبة المدعين ، ولو كان الدعوى على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينا لأنه يريد إبراء نفسه من الدم فالبراءة من الدم [3] لا تكون بأقل من خمسين .

ووجه قوله إن المدعى عليه إن نكل حبس حتى يحلف فلأن يمينه استظهار ، ولأنه لم يتقدمه ما يستحق عليه به مع نكوله حكم وإن طال حبسه خلي [4] لأنه لم يتجه عليه حكم لأن ولاة الدم أضعفوا سببهم وأتموا [5] دعواهم بنكولهم ، ووجه قوله إن الدية تلزمه في ماله أن نكوله بمنزلة اعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافاً فكانت الدية في ماله ، ولأنه قد اتفق سببان موجبان للحكم وهما اللوث ونكول المدعى عليه فوجب أن يحكم عليه .

---

(١) في ق : فان الباقين .

(٢) سبق تخريج الحديث ١٣٤٥ .

(٣) من الدم : سقطت من م .

(٤) في م : يخلي .

(٥) في ق و ر : اتهموا .

وإنما قلنا إنه إذا عفى بعضهم بعد الإيمان كان لمن يعف أنصباؤهم من الدية لأن القود بتعذر مع عفو من عفى ، ولا يجوز أن يبطل الدم بعد استحقاقه في حق من لم يعف والقود إنما تعذر مع استحقاق بدل الدم فلم يبق إلا الدية ، ووجه افتراق الولد والأخوة ومن بعد من العصبات إن قرب الولد والأخوة أمس ورحمهم آكد بدلالة أنهم يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولهم من المزية ما ليس لغيرهم فلم يكن نكول غيرهم مؤثراً في سقوط القود ، ووجه التسوية بينهم اتفاقهم في ولاية الدم كالولد والأخوة .

وإنما قلنا لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد خلافاً للشافعي (١) ، لقوله ﷺ «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » (٢) ، ولأن القسامة أضعف من الاقرار والبينة ، ولأن الردع يحصل بقتل واحد منهم .

إذا ثبت أنه يقتل واحد فقط فلا دية على الباقين خلافاً لمن قال (٣) بقسط تقسيط المقتول ويلزم الباقون بقسطهم (٤) لأن الباقين لم يثبت عليهم الدم لا بقسامة ولا بغيرها فلا وجه لإلزامهم الدية .

وإنما قلنا يضرب من عفى منهم (٥) مائة ويحبس سنة لأنه قد روي قاتل العمد إذا عفي عنه ضرب مائة وحبس سنة ، ولأنه قد كان (٦) يجوز أن يقتل بأن يقسم عليه فلما لم يقتل وجب تأديبه وكان معتبرا بالزاني أن الزنا لما كان مع الأحصان يوجب القتل كان إذا عري من الاحصان يوجب ضرب مائة وحبس سنة .

---

(١) انظر الأم :٦/ ٩٥ مختصر المزني : ٢٥١ .

(٢) سبق تخريج الحديث ١٣٤٥ .

(٣) هذا ما قاله الخرقي من الحنابلة انظر (المغني : ٨/ ٨٩ - ٩٠) .

(٤) في ر : يسقط بقسطة عن المقتول ويلزم الباقون بقسطهم .

(٥) في م و ر : من بقى .

(٦) كان سقطت من م .

وإنما قلنا إن الدم إذا ادعى على جماعة أقسم [١] كل واحد لقوله « يقسم خمسون منكم على رجل منهم » [٢] ، ولأنه إنما يقسم عليه ليقتل فإذا لم يقتل أكثر من واحد فلا فائدة في القسامة على أكثر منه .

وإنما قلنا إن اتفاق ولاة الدم على القتل واختلافهم في صفته يوجب لهم القسامة [٣] وأخذ الدية ، لأن القتل يثبت بدعواهم له وأيمانهم، مع اللوث وأكثر ما في اختلافهم أنه يتعذر معه القود فيصير إلى الدية ، فأما إذا ادعى بعضهم العمد ولم يدع الباقون قتلا فلا قسامة لأنها إنما تثبت [٤] باتفاق الأولياء ، دون اختلافهم ، ووجه قول مالك أن من ادعى منهم الخطأ أقسم مع جحد الباقين لأن الواجب بقتل الخطأ مال وذلك لا يفتقر إلى اتفاق الأولياء ، ووجه ما قاله [٥] شيخنا اعتباراً بالعمد ، وإنما قلنا لا قسامة في عبد ولا أمة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٦] ، لأنه مال والأموال لا يثبت إتلافها بالقسامة كالحيوان والعروض.

وإنما قلنا لا قسامة في ذمي لنقصان حرمته عن المسلم والقسامة وضعت حراسة للدماء وحفظاً لها ، ولأن بالعبد لما لم تكن فيه قسامة مع زيادة حرمته بالدين فالكافر [٧] مع نقصه بالكفر أولى ، وإنما قلنا لا قسامة في جراح لأن السنة جاءت بها في القتل [٨] ، ولأن حرمة الجراح أخفض من حرمة النفس ألا ترى أنه لا كفارة فيها [٩] .

---

(١) في ق : قسم .

(٢) سبق تخريج الحديث ١٣٤٥ .

(٣) في ق : القسامة .

(٤) في م : ثبتت .

(٥) في م : قول .

(٦) انظر: مختصر الطحاوي :٢٤٨ ، مختصر المزني :٢٥١-٢٥٢ .

(٧) في م : فكالكافر .

(٨) في ق : في القتيل .

(٩) في ق : فيه .

وإنما قلنا إنه لا قسامة فيمن وجد قتيلاً في محلة قوم خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه لوث إذا كان به أثراً اعتباراً به إذا لم يكن به أثر [١] .

ووجه قولنا في القتيل بين الفئتين أنه يقسم معه أنه يغلب على الظن بحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لم يخرج عنهما فكان ذلك لوثا يوجب القسامة لأوليائه ، وهذا كله إذا كان القتال على غير تأويل دين فإن كان بخلاف ذلك فلا قسامة ولا دية ولا قود .

ووجه قوله إنه لا قسامة فيه أن القسامة لا تكون إلا مع لوث في مشار إليه معين فإذا ثبت أنه لا قسامة فديته على الفئة التي نازعت إن كان من الأخرى ، وعليهما إن كان من غيرهما لعلمنا بأن الطائفتين إنما نصبتا للحرب واقتتلتا وشهرتا السلاح قام كل فريق لا يقتل أصحابه ، وإنما يطلب أعداءه وخصومه وقد علمنا أن قتله لم يخرج عنها فكانت ديته عليهما إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى .

وإنما قلنا [٢] يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من أعمالهما في القسامة تعظيماً لحرمة الدماء وليرتدع مدعو الدماء إن كانوا مبطلين في دعواهم تعظيماً للكعبة ، ولقبر النبى ، ومنبره وإكبارا لحرمه هذه المواضيع أن يحلفوا الأيمان فيها على سفك الدماء الحرام ، ولا يجلب إلى غيرها إلا من اليسير لأنه ليس لغيرها من الحرمة مثل مالها .

وإنما قلنا إن جميع الورثة يقسمون في الخطأ أن عدد [٣] الأيمان بقدر المواريث لأن الواجب بها ما يرثونه كسائر التركة فاحتاج كل من له حق ميراث إلى تبيينه ، وإنما قلنا إن كسرها يجبر لأن اليمين لا تتبعض فوجب تكميلها وكان من عليه أكثرها أولى بذلك .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي :٢٤٧ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني : ٣/١٧٢.
(٢) قلنا : سقطت من م .
(٣) في ق : أو أن .

وإنما قلنا إن قوله قتلني فلان خطأ لوث اعتباراً بقوله قتلني عمداً [١] ، ووجه التفريق بينهما أن حرمة الدم أغلظ من حرمة المال ، وفي الخطأ يتهم أن يريد نفع ولده بإيصال المال إليهم وهو أمر يمكن تلافيه والدم لا يمكن تلافيه ، والأول[١] أقيس وهو قول ابن القاسم وأشهب .

* * *

(١) في ق : هذا .

(٢) في م : والأولى .

باب [في كون الدية موروثة]

والدية موروثة كسائر التركة كانت عن خطأ أو عمد تغليظ (1) ، لأنها مال للمقتول إذ هي بدل عن نفسه ألا ترى أنه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ، وروى الضحاك (2) بن سفيان أن النبي ﷺ كتب إليه أن يُورِّث امرأة أشيم الضبابي (3) من تركة زوجها (4) .

فصل [1 - هل يرث القاتل ؟] :

ولا يرث قاتل العمد ولا يحجب ، وقاتل الخطأ يرث من المال ولا يحجب في الدية (5) ، وهذا يرد في المواريث .

فصل [2 - وجوب الكفارة في قتل الخطأ] :

والكفارة في قتل الخطأ واجبة (1) ولقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ

---

(1) .انظر الموطأ :2/866 ، التفريع :2/209 ، الرسالة :239 ، الكافي :597.

(2) **الضحاك بن سفيان** : بن عوف بن كعب بن أبي بكر بن كلاب الكلابي ، أبو سعيد، صحابي معروف كان من عمال النبي ﷺ على الصدقات (تقريب التهذيب 279).

(3) **أشيم الضبابي** : بوزن أحمد الضبابي - بكسر المعجمة بعدها موحدة وبعد الألف أخرى قتل في عهد النبي ﷺ (الإصابة في تمييز الصحابة :1/67) .

(4) أخرجه مالك في الموطأ :2/866 ، وأبو داود في الفرائض باب في المرأة ترث من دية زوجها :2/117 وابن ماجة في الديات باب الميراث من الدية :2/883 ، والترمذي في الفرائض باب ما جاء في ميراث المرأة من دية زوجها :4/371 وقال هذا حديث حسن صحيح .

(5) انظر الموطأ : 2/867 ، التفريع : 2/218 ، الرسالة: 239 ، الكافي: 597 .

(6) انظر التفريع : 2/218 ، الرسالة : 240 ، الكافى : 595 .

فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [1] ، (ولا خلاف فيه [2] ، ولا تجب الكفارة في قتل عمد خلافاً للشافعي [3] ، لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة﴾[4])[5] فدل أن العمد بخلافه ، ولأنه معنى موجب للفعل فلم يجب على قاتله كفارة كالزنا مع الإحصان ، ولأن الكفارة لتغطية الذنب والمأثم ، وقتل المؤمن عمدا أعظم من أن يكفره .

فصـل [٣ - سقوط الكفارة في قتل العبد] :

ولا كفارة في قتل عبد [6] خلافاً للشافعي [7] لأنه مال مقوم فلم تجب بإتلافه كفارة كالبهائم .

فصـل [٤ - سقوط الكفارة في قتل الكافر] :

لا كفارة في قتل كافر خلافا لمن أوجبها [8] لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة ﴾ [9] فدل على أن الكافر بخلافه ، ولأن الكفارة في قتل المؤمن لحرمته وتحريم دمه وذلك غير موجود في الكافر ، ولأنها لم تجب بقتل العمد وهو مؤمن فكانت بأن لا تجب في قتل الكافر أولى ، واعتباراً بالحربي والوثني والمرتد .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

(٢) انظر بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية :٨/٤٨٧ ، نيل الأوطار : ٧/ ٥٧ .

(٣) انظر مختصر المزني :٢٥٤ ، الاقناع :١٦٨ .

(٤) سورة النساء، الآية : ٩٢ .

(٥) ما بين القوسين سقط من م .

(٦) انظر التفريع : ٢/٢١٨ ، الكافي :٥٩٥ .

(٧) انظر مختصر المزني :٢٥٤ ، الاقناع : ١٦٨ ، المهذب : ٢/٢١٨ .

(٨) أوجبها أكثر أهل العلم (انظر المغنى : ٨/ ٩٣) .

(٩) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

فصـــل [٥ - في وجوب الكفارة على كل فرد من جماعة قتلت رجلا مؤمنا]:

وإذا قتل جماعة وجلاً مؤمنا فعلى كل واحد كفارة [١] خلافا لمن قال كفارة واحدة [٢] ، لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾ [٣] فعم الاشتراك والانفراد ولأنه قاتل خطأ فأشبه المنفرد .

فصـــل [٦ - في ماهية الكفارة] :

والكفارة : إعتاق رقبة ، وصيام ، ولا إطعام فيها وشرط الاعتاق أن تكون رقبة ليس فيها شرك ولا عقد [٤] من عقود العتق [٥] ، وقد بينا ذلك في الأيمان والظهار وكذلك في الصوم .

* * *

---

(١) انظر التفريع : ٢/ ٢١٨ ، الكافي :٥٩٥ .

(٢) حكاه أبو الخطاب عن أحمد وهو قول أبي ثور وحكي عن الأوزاعي وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر أصحابه (المغني :٨/ ٩٥) .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

(٤) في م : عفو .

(٥) انظر التفريع :٢/ ٢١٨ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي :٥٩٥ .

باب [في دية الجنين]

وفي جنين المرأة الحرة غرة [١] عبد أو أمة [٢] لأن النبي ﷺ حكم بذلك في الجنين [٣] إذا قتل في بطن أمه ، تكون قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ليكون بقدر عشر دية أمه كما يعتبر جنين الأمة بعشر قيمتها ، ولا خلاف في ذلك إلا أن أبا حنيفة يقول قيمتها [٤] خمس مائة درهم [٥] لأن عنده أن دية الأم خمسة آلاف ، وحكي عن قوم أنهم قالوا لا شيء في الجنين [٦] ، وهذا غلط لما رويناه من أنه ﷺ قضى فيه بغرة ، وفي حديث أبي هريرة في المرأتين لما ضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها أنه ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة وقضى في الجنين بغرة فقال المقضي أرأيت من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا استهل أليس مثل ذلك يبطل فقال رسول الله ﷺ : « اسجع كسجع الجاهلية»[٧] وقضى فيه بغرة [٨] .

---

(١) غرة عبد : يعني العبد نفسه فعبر عنه بالغرة والغرة البياض (غرر المقالة ٢٣٩).

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٤٨١ ، التفريع : ٢/ ٢١٨ ، الرسالة : ٢٣٩ ، الكافي : ٦٠٥.

(٣) أخرجه البخاري في الديات باب جنين المرأة : ٨/ ٤٦ ، ومسلم في القسامة باب دية الجنين : ٣/ ١٣٠٩ .

(٤) في م : يكون قيمته .

(٥) انظر مختصر الطحاوي : ٢٤٣ -٢٤٤ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٧٠ .

(٦) بل قول عامة أهل العلم أن فيه الدية كاملة قاله ابن المنذر (انظر المغني :٧/ ٨١١).

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) انظر المدونة: ٤/ ٤٨٢ ، الرسالة : ٢٣٩ ، الكافي : ٦٠٥ .

فصـل [١ - وراثة دية الجنين] :

ودية الجنين موروثة على حسب المواريث ، خلافاً لما يحكى الليث بن سعد(١) إن كان قاله أنها للأم وحدها ، لأنها دية نفس آدمي مقتولة فكانت لجميع ورثتها أصله إذا انفصل حيا (٢) .

فصـل [٢ - وجوب الغرة في جنين الأمة من سيدها الحر] :

وفي جنين الأمة من سيدها الحر (٣) مثل ما في جنين الحرة (٤) لأنه حر من حين (٥) خلق كجنين الحرة ، وفي جنين الأمة من غير سيدها عشر قيمتها كما في جنين الحرة عشر ديتها .

فصـل [٣ - في دية جنين الكتابية] :

وفي جنين الكتابية من المسلم مثل ما في جنين الحرة المسلمة (٦) ، لأن حكمه حكم أبيه في الدين فكان فيه نصف (٧) عشر دية أبيه على ما بيناه .

فصـل [٤ - في دية جنين الكتابية من زوجها الكافر] :

وفي جنين الكتابية من زوجها الكافر عشر ديتها، كذلك المجوسية اعتبارا بسائر دياتهم (٨) .

---

(١) انظر المغني : ٧/ ٨٠٥ ، والليث بن سعد بن عبد الرحمن عالم الديار المصرية أبو الحارث الفهمي مولى خالد بن ثابت بن ظعن سمع عطاء ونافع ابن شهاب الزهري وروى عنه خلق كثير منهم ابن لهيعة وابن وهب ويحيى بن يحيى الليثي ت ١٧٥ هـ (شذرات الذهب :١/ ٢٨٥ ، سير أعلام النبلاء : ٨/ ١٣٦) .

(٢) سقط هذا الفصل كاملاً من م .

(٣) الحر : سقطت من ق .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٤٨٢ ، التفريع : ٢/ ٢١٩ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي : ٦٠٥.

(٥) في م : خير وفي ق : حر .

(٦) انظر المراجع التى سبق ذكرها .

(٧) نصف : سقطت من .

(٨) انظر المدونة : ٤/ ٤٨٣ ، التفريع : ٢/ ٢١٩ ، الكافي : ٦٠٥ .

فصل [٥ - إذا استهل الجنين صارخاً] :

إذا استهل صارخاً ففيه الدية بكمالها ، وتحملها العاقلة لأن حياته قد ثبتت فقاتله قاتل خطأ ، فإن ضرب عمداً ففيه القود بالقسامة [١] ومن قتل جنينين ففيهما غرتان ، ولو ماتت الأم ثم خرج الجنين بعد موتها ميتا فلا شيء فيه [٢] خلافاً للشافعي في إيجابه الغرة فيه [٣] ، ولأن تلفه قبل الانفصال كتلف بعض من أبعاضها فيكون تابعاً لا حكم له .

فصل [٦ - إذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخاً] :

وإذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخاً ثم مات ففيه قيمته [٤] لأنه عبد كالكبير ، وإن لم يستهل صارخاً ثم مات [٥] ففيه عشر قيمة أمة اعتباراً بجنين الحرة أنه يكون معتبراً بأمه .

* * *

---

(١) في ق : بالقسيمة وهو غلط .

(٢) انظر المدونة : ٤٨١/٤ ، التفريع : ٢١٩/٢ ، الكافي : ٦٠٥ .

(٣) انظر الأم : ١٠٨/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٩ - ٢٥٠ ، الاقناع : ١٦٦ .

(٤) انظر المدونة : ٤٨٢ ، التفريع : ٢١٩/٢ ، الكافي : ٦٠٥ .

(٥) ثم مات : سقطت من م .

باب [في الردة]

يحبط عمل المرتد [1] بنفس الردة [2] من غير اعتبار بموته قبل التوبة أو بعدها، وفائدة ذلك أنه إذا عاد إلى الإسلام لم يلزمه قضاء الصلوات التي تركها في ردته وكان عليه استئناف الحج ويكون حكمه حكم الكافر الأصلي إذا أسلم[3].

فصل [١ - في دليل سقوط ما ترك من الصلاة في ردته] :

فأما سقوط قضاء [4] ما ترك من الصلاة في ردته خلافاً للشافعى [5] ، فلقوله تعالى : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ [6] فعم، ولأنها صلاة متروكة في حال كفره كالكافر الأصلي ، أما استئناف الحج خلافاً للشافعي[7] ، فلقوله تعالى : ﴿ لئن أشركت ليحبطن عملك ﴾ [8] فأخبر أن الارتداد يحبط العمل فإذا انحبط لزمه إعادة الحج ، ولأنه أسلم عن كفر فلزمه الحج ، ولأنه أسلم كالكافر الأصلى إذا أسلم [9] .

---

(١) الردة : في اللغة رجح الشيء ، وفي الاصطلاح : الردة كفر بعد اسلام تقرر (انظر معجم مقاييس اللغة : ٣٨٦/٢ ، الرصاع على ابن عرفة : ٤٩٠) .

(٢) في م : ارتداده .

(٣) انظر التفريع : ٢٣١/٢ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي :٥٨٤ ، المقدمات: ٢٣٧/٣.

(٤) قضاء : سقطت من م .

(٥) انظر المهذب : ٢٢٣/٢ .

(٦) سورة الأنفال الآية ٣٨ .

(٧) انظر المهذب :٢٢٣/٢ .

(٨) سورة الزمر الاية : ٦٥ .

(٩) إذا أسلم : سقطت من ق .

فصل [٢ - في حرابة المرتدين] :

إذا اجتمع المرتدون ونصبوا راية الحرب وقاتلوا المسلمين وأتلفوا أموالاً ثم تابوا لم يؤخذوا بشيء من ذلك [١] خلافاً لأحد قولي الشافعي [٢] ، لأن أبا بكر الصديق والصحابة لم يضمنوا من رجع من أهل [٣] الردة ، ولأنها فئة ممتنعة اتلفت على وجه التدين فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب .

يستتاب المرتد ثلاث فإن تاب قبلت توبته وإن أبى قتل وكان ماله فيئا للمسلمين[٤] ولا يرثه ورثته المسلمون ولا أهل الدين الذي ارتد إليه ، وسواء ما ملك قبل ردته أو ما كسبه حال ردته ، وإنما قلنا يستتاب ثلاث لما روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه بلغه أن رجلاً ارتد فقتل قبل أن يستتاب فأنكر[٥] ذلك وقال : هلا حبستموه ثلاثا وأطعمتوه كل يوم رغيفاً فإن تاب وإلا قتلتموه، اللهم لم أمر ولم أرض إذ بلغني [٦] ، ولا مخالف له ، ولأنه يجوز أن يكون عرضت له شبهة فإذا روجع وذكّرناه [٧] الإسلام زال عنه ،ولأن من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار .

وإنما قلنا أن توبته تقبل ، خلافا لمن حكي عنه أنها لاتقبل [٨] ، لقوله

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٣٢ ، الرسالة : ٢٤٠-٢٤١ ، الكافي : ٥٨٢ ، المقدمات : ٣/٢٢١ .

(٢) انظر مختصر المزني : ٢٥٩ ، ٢٦٧ ، الاقناع : ١٧٤ .

(٣) أهل : سقطت من م .

(٤) في م و ر : جماعة المسلمين .

(٥) في ق : فما أنكر .

(٦) أخرجه البيهقي : ٨/٢٠٧ .

(٧) وذكرناه : سقطت من م .

(٨) هو أحد قولى الإمام أحمد (المغنى : ٨/١٢٦) .

تعالى : ﴿ وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ﴾ (١) ، وقوله : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ (٢) ، وقوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » (٣) ، ولأنها توبة عن كفر يظهر كالكافر الأصلي ، وإنما قلنا إنه إذا لم يتب قتل لقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » (٤) ، ولا خلاف في ذلك (٥) .

وإنما قلنا إن المرتدة تقتل خلافا لأبي حنيفة (٦) ، لعموم الخبر لأن كل من جاز أن يقتل بالقتل جاز أن (٧) يقتل بالردة كالرجل ، ولأنه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل وإنما قلنا إنه لا يورث وأن ماله فيء خلافا لمن قال إنه يورث (٨) ، لقوله ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر للمسلم » (٩) ولأنه ممن لا يرث بحال فلم يورث كالعبد ، ولأنه مات كافرا فلم يرثه مسلم كالكافر الأصلي، وإنما لم نفصل ما بين ما ملكه قبل ردته أو في حالها

---

(١) سورة الشورى ، الآية : ٢٥ .

(٢) سورة الأنفال ، الاية : ٣٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) أخرجه البخاري في الجهاد باب لا يعذب بعذاب الله : ٢١/٤ .

(٥) انظر الاجماع : ١٥٣ ، المغنى : ١٢٦/٨ ، شرح مسلم - للنووي - : ١٣/٨، فتح الباري : ١٧٠/١٢ .

(٦) انظر مختصر الطحاوي : ٢٥٩ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني : ١٤٩/٤.

(٧) في م : قتل .

(٨) قاله الأوزاعى وهو أحد قولي الإمام أحمد وروي عن أبي بكر وابن مسعود رضي الله عنهما (المغنى : ٣٠٠/٦) .

(٩) أخرجه البخاري في الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم : ١١/٨، ومسلم في الفرائض : ١٢٣٣/٣ .

لأبي حنيفة في قوله أن يورث عنه ما كان له قبل الردة دون ما كسبه فيها [1]، لأن الخبر عام ، ولأنه مال مات عنه فأشبه ما كسبه حال ردته .

فصــل [٣ - في عدم قبول توبة الزنديق] :

لا تقبل توبة الزنديق [2] : وهو الذي يسر الكفر ويظهر الإسلام خلافاً للشافعي [3] ، لأنا لا نصل إلى العلم بتوبته [4] لأنه لم يكن له ظاهر يرجع عنه فيستدل منه على تركه له ، ولأن التوبة من المعصية المستتر بها لا تسقط الحد[5] الواجب فيها كالزنا والسرقة .

وإذا انتقل الكافر من ملة إلى أخرى من الكفر لم يتعرض له [6] خلافاً للشافعي في قوله أنه يقتل إذا لم يسلم [7] ، لأن الدين الذي انتقل إليه مما يجوز الإقرار عليه فجاز أن يقر عليه الانتقال كما لو كان ابتداء ، ولأنه لو كان يعقوبياً [8] فصار نسطورياً [9] لم يتعرض له لأنه انتقال من كفر إلى كفر فكذلك إذا انتقل من النصرانية إلى اليهودية .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٠ ، مختصر القدورى مع شرح الميداني : ٤/ ١٥٠ .

(٢) انظر التفريع : ٢/ ٢٣١ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي : ٥٨٥ .

(٣) انظر الأم : ٦/ ١٦٥ ، مختصر المزني : ٢٥٩ .

(٤) في م : بثبوته .

(٥) الحد : سقطت من ق .

(٦) انظر التفريع : ٢/ ٢٣١ ، الكافي : ٥٨٦ .

(٧) انظر الأم : ٦/ ١٥٦ - ١٥٧ ، الإقناع : ١٧٤ .

(٨) يعقوبياً : أي ينتمي إلى اليعاقبة وهم فرقة من النصارى أبناء يعقوب بن عالى الراذعي يقولون باتحاد اللاهوت والناسوت ويعرفون بأصحاب الطبيعة الموحدة (الملل والنحل : ١/ ٥٤١) .

(٩) نسطوريا : أصحاب نسطور الحكيم ، ظهر في زمن المأمون ، يقول إن الله تعالى واحد ذو أقانيم ثلاثة : الوجود والعلم والحياة (الملل والنحل : ١/ ٥٣٥).

باب [في حد السحر] :

والسحر له حقيقة خلافاً لمن نفاه [1] ، لقوله تعالى : ﴿ ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر ﴾ [2] فجعلهم كفرة ، فثبت أن له حقيقة فإذا فعل السحر بنفسه لم يستتب فإن قال قد تبت لم تقبل توبته [3] خلافاً للشافعي[4] ، لأنه مستتر به فلا تقبل التوبة منه كالزنديق [5] ، ولأن علمه به وفعله له كفر عندنا بدليل قوله تعالى : ﴿ إنما نحن فتنة فلا تكفر ﴾ [6] أي لا تتعلم السحر ، ولأن الآلام الواصلة إلى الحيوان التي تضر بهم وتقتلهم [7] من فعل الله تعالى وهو المنفرد بالقدرة عليها واعتقاد الإنسان أن ذلك فعله وأنه قادر عليه كفر . وأما إذا [8] دفع شيئاً إلى من عمل له السحر فلا يقتل لأنه ليس بساحر بهذا الفعل وهو كمن دفع مالا إلى رجل ليقتل له إنساناً فلا يقتل الدافع للمال ولا يكون قاتلاً بذلك .

* * *

---

(١) ذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أنه لا حقيقة له ، وقال أصحاب أبي حنيفة إن كان يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شيء فلا يجوز (انظر فتح القدير : ٤٠٨/٤ والمهذب : ٢/ ٢٢٤، المغني : ٨/ ١٥٠) .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٠٢ .

(٣) انظر التفريع : ٢٣٢/٢ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي : ٥٨٥ .

(٤) انظر مختصر المزني : ٢٦٠ .

(٥) في م : كالزندقة .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ١٠٢ .

(٧) في م : تقيلهم .

(٨) في م : من .

باب [في الغسل والصلاة على المقتول من الفئة الباغية]

والمقتول من الفئة الباغية يغسل ويصلى عليه [1] خلافاً لأبي حنيفة [2]، لأن بغيه لا يخرجه عن أحكام الملة كالعدل، ولا يتبعون فيما استهلكوا من مال ولا دم إذا كان القتال على تأويل دين لإجماع الصحابة على ذلك في قتال [3] يوم الجمل وصفين [4] وهما من وقائع الإسلام، ولأنهما فئة امتنعت وأتلفت بتأويل فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب إذا أتلفوا مالا على المسلمين.

* * *

(١) انظر التفريع : ٢/٢٦٧ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٢٥٨ .

(٣) في م : قتل .

(٤) انظر السنن الكبرى - للبيهقي : ٨/١٧٩ ، ومصنف ابن أبي شيبة : ١٥/٢٨٧، ٣٣٢ .

باب [الحرابة]

المحارب هو : القاطع للطريق المخيف للسبيل الشاهر للسلاح الطالب للمال فإن أعطي وإلا قاتل عليه كان في المصر أو خارج المصر ، فهذا إذا ظهر عليه قبل توبته أقيم عليه حد الحرابة : وهو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو النفي أو الحبس ، وذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم على ما يراه كافياً في ردعه وزجره ، فإن كان ذا قوة وبطش ورأى وتدبير ويجتمع [1] إليه ويتحيز إلى جهته فهذا حدهُ القتل ، (وإن كان ذا قوة وبطش فقد : قطع من خلاف ، وإن كان الذي ليس فيه ذلك وإنما فعله مره ولعله أن يتوب فهذا يضرب على ما يراه الإمام وينفي فيحبس بغير بلده) [2] إلى أن تظهر توبته ، ويجوز قتل المحارب وإن لم يكن قتل ، وإذا جاء تائباً قبل القدرة عليه سقط عنه حد الحرابة وأخذ بحقوق الناس قبله [3] من قتل وقطع وأخذ مال .

ويقتل في الحرابة المسلم بالكافر والحر بالعبد ، ولا يجوز فيه لولى الدم عفو، وحكم اللص وحكم المحارب ، وللرجل أن يمانع عن نفسه وماله فإن قتل فشهيد وإن آل إلى قتل اللص فهدر لا شيء فيه [4] .

فصل [١ - في العمل في المحارب] :

قد بينا أن حكم المحارب على التخيير، وأنه موكول إلى اجتهاد الإمام ، وقال

---

(١) في ق : يجمع .

(٢) ما بين القوسين سقط من م .

(٣) قبله : سقطت من ق .

(٤) في جملة أحكام الحرابة هذه انظر : المدونة : ٤٢٨/٤ ، التفريع : ٢٣٢/٢ ، الرسالة : ٢٤٠-٢٤١ ، الكافي :٥٨٢-٥٨٤ ، المقدمات : ٢٢٧/٣ .

أبو حنيفة والشافعي هي على الترتيب [1] فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع فإن قتل ولم يأخذ مالا قتل فقط ولم يقطع ولم يصلب ، وإن أخذ مالا[2] ولم يقتل قطع ، وإن قتل وأخذ المال قال أبو حنيفة : الإمام مخير إن شاء جمع القطع والقتل وإن شاء جمع القطع والصلب (ثم قتل بعد الصلب ، وإن شاء جمع بين القتل والصلب [3]) [4] ، وقال الشافعي يقتلهم خنقاً ويصلبهم [5]، فدليلنا على أن له أن يقتله ، وإن لم يكن قتل قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا ﴾ [6] الآية، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا ، ولأنه خير بين هذه الحدود فدل على سقوط الترتيب ، وروي أنه ﷺ قال : « من أشهر سيفه ثم وضعه وجب [7] دمه » [8] وإنما قلنا إذا جاء تائباً قبل القدرة عليه يسقط عنه حد الحرابة لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [9] فأخبر بأن التوبة قبل القدرة تسقط حد الحرابة لأنه استثناه ممن أخبر بأن جزاءه القتل وغيره .

وإنما قلنا إن حقوق الناس قبله لا تسقط لأن التوبة لا تأثير لها في حقوق

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٢٧٥ ، مختصر المزني : ٢٦٥ .

(٢) في م : المال .

(٣) انظر مختصر الطحاوى : ٢٧٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ٢١٢ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) انظر الأم : ٦/ ١٥١ - ١٥٢ ، مختصر المزني : ٢٦٥ ، الاقناع : ١٧٣ ، وفي ر : يقتاهم جميعاً .

(٦) سورة المائدة ، الآية :٣٣.

(٧) في م : فقد وجب .

(٨) بلفظ قريب منه أخرجه النسائي في تحريم الدم باب من شهر سيفه ثم وضعه : ٧/ ١٠٨ ، والحاكم :٢/ ١٥٢ ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

(٩) سورة المائدة ، الآية :٣٣ .

الآدميين ، ألا ترى أن من غصب رجلا شيئاً وأتلفه ثم تاب فإن بدله واجب عليه كذلك القتل والجراح [1] وغيره ، ولأن التوبة من هذه الأشياء إذا انفردت عن الحرابة لا تسقط حقوق الناس [2] المتعلقة بها فكذلك إذا انضمت إليها .

وإنما قلنا يقتل فيها المسلم بالكافر والحر بالعبد لأن ذلك ليس بقتل قصاص فيمتنع ويراعى فيه تكافؤ الدماء وإنما هولحق الله ولذلك قلنا إنه لا عفو لولي الدم لأن قتله ليس لأجل البدل عن قتل وليه يدل عليه إذا سقط عنه القتل لحق الله وصار حينئذ قتل قصاص فثبت للولي حق العفو ، وإنما قلنا أن حكم اللص حكم المحارب لأنه طالب للمال آخذ للنفوس غلبة فكان نوعاً من المحاربة ، وإنما قلنا إن للإنسان دفعه عن ماله ومنعه وأنه لا شيء في قتله لقوله ﷺ : « من قتل دون ماله فهو شهيد » [3] ، فلولا أن قتله [4] بحق وإلا لم يكن شهيداً بالقتل، وروي أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فوقع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : قتيل الله والله لا يودى أبداً فأهدر عمر رضي الله عنه[5] دمه [6] ولأنه إذا قصد غيره ظلما[7] طلبا لقتله أوماله فالمقصود مضطر إلى دفعه عن نفسه فكان اللص معاونا فوجب أن يهدر دمه .

* * *

---

(١) في ق : والجروح .

(٢) في م : الآدميين .

(٣) أخرجه البخاري في المظالم باب من قاتل دون ماله : ٣/ ١٠٨ ، ومسلم في الأيمان باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره : ١/ ١٢٥ .

(٤) في م : قتاله .

(٥) رضي الله عنه : سقطت من م .

(٦) أخرجه عبد الرزاق : ٩/ ٤٣٥ ، البيهقي : ٨/ ٣٣٧ .

(٧) ظلماً : سقطت من ق .

باب [في دفع الصائل من البهائم]

وإذا صال الفحل [1] أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه فله دفعه عن نفسه : فإن أدى ذلك [2] إلى قتله فلا ضمان عليه [3] خلافاً لأبى حنيفة في قوله إنه يضمنه [4] لأنه قتله بدفع مباح فلم يضمنه كالآدمي ، ولأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة البهيمة [5] ، فإذا لم يضمن في الآدمي ففي البهيمة أولى ، وهذا إذا قامت له بينة بما يدعيه فأما إن لم يعلم إلا بقوله فإنه يضمن لأنه مقر بإتلاف مال غيره ومدع الإباحة وسقوط الضمان فلا يقبل قوله بدعواه .

فصـل [١ - إذا نزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه] :

ومن عض أصبع رجل فنزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابذ ضمانه ، وقال يحيى بن عمر [6] من أصحابنا لا ضمان عليه [7] وقاله أبو حنيفة والشافعي [8] ،فوجه قول مالك أن العاض لم يقصد النفس وإنما قصد العض نفسه والذي يستحق بإتلاف ذلك العض غير ما فعل به فوجب أن يكون

---

(١) الفحل : هو الذكر من الحيوان (المصباح المنير :٤٦٣) .

(٢) ذلك : سقطت من م .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٣ ، الكافي : ٥٨٤ .

(٤) انظر شرح فتح القدير : ٢/ ٢٧٠ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٣٥١ .

(٥) في م : البهائم .

(٦) يحيى بن عمر : ابن يوسف أبو زكريا الأندلسي الفقيه شيخ المالكية سمع بن سحنون وأبي زكريا الحفري وأخذ عنه أحمد بن خالد الحافظ وجماعة وأهل القيروان ، مات :٢٨٩ هـ (سير أعلام النبلاء : ٣/ ٤٦٢) .

(٧) انظر الكافي : ٦٠٧ .

(٨) انظر الأم : ٦/ ٢٩ .

كل واحد ضامنا ما جنى على الآخر كمن قلع عين الرجل فقطع الآخر يده فإنهما ضامنان ووجه قول يحيى بن عمر أنه دفعه بدفع مباح فلم يضمن ما كان عليه أصله إذا أراد النفس [1] .

فصـل [٢ - فيما يجنيه الطبيب مما لم يقصده] :

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان [2] : إحداهما أنه يضمنه، والأخرى أنه لا يضمنه فإذا قلنا إنه يضمن فلأنه قاتل خطأ فوجب أن يضمن كغير الطبيب ، و إذا قلنا إنه لا يضمن فلأنه يولد عن فعل مباح مأذون له فيه كالإمام إذا حد إنساناً فمات .

فصـل [٣ - من حفر بئراً في موضع ليس له أن يحفر فيه فعطب فيه إنسان]:

من حفر بئراً في موضع ليس له أن يحفره فيه فعطب فيه إنسان فهون ضامن لأنه قاتل خطأ متعد بحفره في ذلك الموضع ، ولو كان في موضع له حفره لم يلزمه ضمان ، وكذلك ممسك الكلب العقور عليه ضمان ما تلف به من نفس أو مال ، وكذلك صاحب الحائط المستهدم إذا أشهد عليه أو بلغ من الخوف على الناس من وقوعه إلى حيث يعلم ذلك من حاله ، ونكت جميع هذه المسائل تعديهم بتبقية جميع هذه الأشياء على الوجه الذي يتعدى أذاه إلى الغير وفعلهم من ذلك ما ليس لهم فعله فلزمهم ضمان ما يحدث عنه [3] .

فصـل [٤ - ما أفسدته المواشي نهاراً] :

ولأهل المواشى إرسالها نهاراً المرعى ، ويلزم أرباب الزرع والحوائط حفظها نهاراً فما أفسدته فلا شيء على أربابها لأنه مأذون لهم في إرسالها لضرورتها إلى الرعي فالتفريط من قبل أرباب الحوائط بإهمالها وترك حفظها مع علمهم بكون

---

(١) في م : نفسه .

(٢) انظر الكافي : ٥٩٤ .

(٣) انظر المدونة : ٤/٥٠٥ ، ٥١٠ .

المواشى مرسلة ولا بد أن تعيث [1] وتفسد وأما ما أفسدته ليلا فعلى أربابها ضمانه لأن عليهم حفظها ليلا ومنع إرسالها [2] وقال أبو حنيفة إن كان صاحبها معها فعليه الضمان وإن لم يكن معها فلا ضمان عليه [3] فاعتبر في الضمان كون صاحبها معها ولم يعتبر الليل ولا النهار [4] ودليلنا حديث البراء أن ناقته دخلت حائطا فأفسدته فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقضى أن على أهل الأموال حفظها نهاراً وعلى أرباب المواشى حفظها ليلاً [5] ، ففرق بين الليل والنهار فسقط قول من لا يعتبرها ، وقد فرقنا بينهما بما ذكرناه ، وبالله التوفيق .

* * *

(١) في م : تعبث .

(٢) انظر : التفريع : ٢/ ٢٨٢ ، الكافي ص ٦٠٦ .

(٣) عليه : سقطت من م .

(٤) انظر : فتح القدير : ٨/ ٢٦٩ ، ٣٥١ .

(٥) أخرجه أبو داود في البيوع باب المواشي تفسد زروع قوم :٣/ ٨٢٩ ، وابن ماجه في الأحكام باب الحكم فيما أفسدته المواشي : ٢/ ٧٨١ ، وصححه ابن حبان والحاكم :٢/ ٤٨ وقال : هذا حديث صحيح الإسناد .



كتاب الحدود [1] : في الزنا [2]

حد الزنا حدان : رجم وجلد ، والزناة نوعان : ثيب وهو المحصن ، وبكر وهو الذي ليس بمحصن ، فالرجم للمحصن والجلد للبكر ، فإذا كان الزانى محصنا رجم بالحجارة حتى يموت ولايجلد مع الرجم رجلا كان أو امرأة ، وشروط الحصانة ثمانية : وهى البلوغ ، والعقل ،والإسلام ، والحرية ، والتزويج وصحة العقد ، والوطء فيه ، وأن يكون على وجه سائغ غير محظور فمتى انخرم بعض هذه الشروط لم يكن الواطىء أو الموطوءة [3] محصنا ولم يرجم ، وليس من شرط إحصان الزاني أن يكون المزني بها محصنة ولا من شرط إحصان الزانية أن يزنى بها محصن فالصبية المطيعة تحصن البالغ وإن لم يحصنها ، والمجنونة تحصن واطئها العاقل وإن لم يحصنها ، وكذلك الكتابية يتزوجها المسلم والأمة يتزوجها الحر يحصنانها وإن لم تحصنانهما .

والصبى الذي يطيق الوطء لا يحصن البالغة بخلاف الصبية المطيقة للوطء ، والمجنون إذا زوج من عاقلة ووطئها أحصنها ، وكذلك العبد يتزوج [4] الحرة ، والنكاح الفاسد لا يحصن وإن وطىء فيه على الوجه المباح [5] ، والوطء على

---

(١) الحدود : في اللغة المنع وطرف الشيء والحاجز بين الشيئين (معجم مقاييس اللغة : ٣/٢) ، وفي الاصطلاح ما وضع لمنع الجاني من عودة لمثل فعله وزجر غيره (الفواكه الدواني : ٢/١٩٣) .

(٢) الزنا : هو مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمدا (حدود ابن عرفة : ٤٩٢) .

(٣) أو الموطوءة : سقطت من ق .

(٤) في ق : يزوج .

(٥) في ق : المبين .

الوجه المحظور كالوطء في الحيض أو في الإحرام أو الصوم والإعتكاف أو ما أشبه ذلك لا يحصن وإن كان العقد صحيحا ، ونكاح الشرك لا يحصن وإن وطىء فيه إلا أن يطأها بعد الإسلام ، وكذلك باقي فروع هذا الباب التي تضمنها عقده على ما وصفناه ، وأما أم الولد إذا زنت بعد عتقها بوفاة سيدها لم ترجم.

فإذا اختلف الزوجان في الوطء فأقر أحدهما وأنكره الآخر فالمنكر غير محصن، وروى ابن عبد الحكم أن المنكر لا يكون محصنا حتى يقرا جميعا، وقال القاسم المقر محصن والمنكر غير محصن ، ويقع الإحصان بالإيلاج وإن لم ينزل (١) .

فصل [١ - دليل حد المحصن] :

وإنما قلنا إن حد المحصن الرجم لقوله تعالى : ﴿ أو يجعل الله لهن سبيلا﴾(٢) فقال ﷺ : « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلاً : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » (٣) ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » (٤) ، وقوله ﷺ : «واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت (٥) فارجمها » (٦) وما روي

(١) في جملة أحكام فروع هذا الباب انظر : الموطأ : ٢/ ٨١٩ ، التفريع : ٢/ ٢٢١ ، الرسالة : ٢٤١ ، الكافي : ٥٧١ ، المقدمات : ٣/ ٢٣٩ .

(٢) سورة النساء، الآية : ١٥ .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق ومن ر .

(٤) أخرجه مسلم في الحدود باب حد الزنا : ١٣١٦ .

(٥) في م : فان أقرت .

(٦) أخرجه البخاري في الحدود باب الاعتراف بالزنا : ٨/ ٢٤ ، ومسلم في الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا : ٣/ ١٣٢٤ .

من رجمه ﷺ ماعزاً [١] والغامدية [٢] ،و في حديث عمر رضي الله عنه : لولا أن يقال عمر زاد في كتاب الله لكتبت (الشيخ والشيخة إذا زنيا فأرجموهما البتة)[٣] ، وروى الرجم عن عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم قولا وفعلا[٤] ، ولا خلاف فيه [٥] ، ولا يتلفت إلى ما يحكى عن الخوارج من نفيه.

فصل [٢ - في عدم الجمع بين الجلد والرجم] :

وإنما قلنا لا يجلد مع الرجم خلافا لداود [٦] ، لما روي أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فقال أحدهما إن ابني كان عسيفا على هذا فزنا بامرأته فأخبروني أن على ابني الرجم فاقتديته بمائة شاة وبجارية ثم سألت فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام وإنما الرجم على أمرأته فقال ﷺ « أما غنمك وجاريتك فرد عليك ، وجلد ابنه مائة وغربه عاما ، وأمر أنيسا أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت[٧] رجمها فاعترفت فرجمها [٨] ، وفي طريق آخر « فاغدوا يا أنيس

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت : ٨/ ٢٣ ، ومسلم في الحدود باب رجم الثيب في الزنا : ٣/ ١٣٢٠ .

(٢) أخرجه مسلم في الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا : ٣/ ١٣٢٣ .

(٣) الموطأ : ٢/ ٨٣٤ .

(٤) الموطأ : ٢/ ٨٢٤ - ٨٢٥ .

(٥) انظر الاجماع :١٤١، شرح مسلم - للنووي - : ٧/ ٢٠٩ ، المغني : ٨/ ١٠٧ فتح الباري : ١٢/ ٩٨ .

(٦) انظر المحلي : ١٣/ ١٩٧ .

(٧) في م : فان أقرت .

(٨) أخرجه البخاري في الحدود باب الإمام يأمر رجلا فيضرب الحد غائبا : ٨/ ٣٤ ، ومسلم في الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا : ٣/ ١٣٢٤ .

هذا فإن اعترفت فارجمها »[1] ففيه دليلان : أحدهما أنه أمره أن يرجمها ولم يأمره بالجلد ، وقد علم أنه إنما أنفذه ليقيم الحد لا لغير ذلك .

والثاني أنه فرق بينه وبينها فقال : (وعلى ابنك جلد مائة واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) فدل أن الجلد في خبره دونها[2] ، وروي أنه ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده وكذلك الغامدية[3] ، ولأنه معنى يوجب القتل لحق الله تعالى ولم يوجب الجلد مع القتل كالردة .

فصـل [٣ - اشتراط العقل في الإحصان] :

وإنما قلنا إن العقل من شروط الإحصان لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة فذكر المجنون حتى يفيق »[4] ،ولأن الحد عقوبة على معصية وكل ذلك تكليف والعقل شرط في ثبوته ،ولا خلاف فيه[5] .

فصـل [٤ - اشتراط البلوغ في الإحصان] :

وإنما شرطنا البلوغ للخبر[6] ، ولأن من دون البلوغ[7] لا يكلف بدليل أنه لا حد في قذفه ولا يلزمه قصاص بقتله .

فصـل [٥ - اشتراط الإسلام في الإحصان] :

وإنما شرطنا الإسلام خلافا للشافعي[8] ، لأن الإحصان حكم شرعي جعل

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) في م : دونه .

(٣) سبق تخريج هذه الأحاديث ١٣٧٥ .

(٤) سبق تخريج هذه الحديث ص ٢٦٥ .

(٥) انظر المحلى : ١٣/١٨٥ ، المغني : ٨/١٦٢ ، فتح الباري : ١٢/٩٨ ، نيل الأوطار : ٧/٩٣ .

(٦) وهو « رفع القلم عن ثلاثة » .

(٧) في ق : البالغ .

(٨) انظر الاقناع : ١٦٨ ، المهذب : ٢/٢٦٧ .

للفضيلة في الإسلام منتف مع الكفر، ولأن هذه [1] الحدود يعتبر فيها الفضيلة فحد المحصن الرجم بفضيلته على البكر ، وحد الحر مائة لفضيلته على العبد ، ونقص الكفر يمنع أن يثبت له حكم فضيلته ، ولأن من شرط الإحصان صحة النكاح الذي يطأ فيه أنكحة الكفار الفاسدة

فصل [٦ - اشتراط الحرية في الأحصان] :

وإنما شرطنا الحرية لأن العبد حده على النصف من حد الحر والرجم [2] لا يتنصف جميعه عنه ، ولأنه لما نقص عن الحر في الجلد الذي هو [3] أخف لنقصه بالرق كان بأن يسقط عنه الرجم أولى .

فصل [٧ - اشتراط الزواج في الإحصان] :

وإنما شرطنا أن يكون متزوجا للإجماع على ذلك [4] ، ولأن النكاح يقع عليه اسم الإحصان لقوله عز وجل : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾[5] وقوله : ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ [6] .

فصل [٨ - اشتراط كون العقد صحيحاً في الإحصان] :

وإنما شرطنا أن يكون العقد صحيحاً لأن النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان لأنه وطء غير مباح بعقد فلم يتناوله اسم الإحصان كالوطء بشبهة

---

(١) في م : زيادة .

(٢) في ق : في الجلد الزاني الذي .

(٣) في ق : هذا .

(٤) انظر المحلى :١٣/ ١٨٥ ، المغني : ٨/١٦٢، فتح الباري : ١٢/٩٨، نيل الأوطار: ٧/ ٩٣ .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٨ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

وإنما شرطنا الوطء لأن العفاف لا يحصل بمجرد العقد دونه والإجماع على ذلك[1] .

فصــل [٩ - اشتراط كون الوطء جائزا] :

و إنما شرطنا جواز الوطء لأنه أحد شروط الإحصان فكان من شرطه الإباحة كالعقد ، ولأنه وطء محرم بالشرع كالزنا .

فصــل [١٠ - الاشتراط في إحصان أحدهما إحصان الأخر] :

وإنما شرط في إحصان أحدهما إحصان الآخر خلافاً لأبي حنيفة [2] ، لأنه حر مكلف وطىء بنكاح صحيح وطئاً مباحاً فكان محصنا به أصله إذا كانا كاملين[3] .

فصــل [١١ - في التفريق بين الصبي المطيق للوطء وبين الصبية المطيقة للوطء في إحصان الكبير] :

وإنما فرقنا بين الصبي المطيق للوطء وبين الصبية المطيقة للوطء فقلنا إنها تحصن الكبير وأنه لا يحصن الكبيرة لأن وطء الصبى [4] ناقص غير تام بدليل أنه لا يجب به حد ولا يحلها للزوج الأول ولا يكمل لها به [5] لذة كوطء البالغ ، وليس كذلك الصبية المطيقة للوطء لأن كل هذه الأحكام الحاصلة بوطء البالغة[6] تحصل للكبير بوطء المراهقة ، وإذا كان كذلك احصنت ولم يحصن الصبي من وطئها ، وقد أتي ما ذكرناه على شرح الفروع التي قدمناها .

---

(١) انظر المحلي : ١٢/١٨٥ ، المغني : ٨/١٦٢ ، فتح الباري : ١٢/٩٨ ، نيل الأوطار : ٧/٩٣ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/١٨٧ .

(٣) في ق : كاملتين .

(٤) الصبي : سقطت من م .

(٥) في ق : فيه .

(٦) في ق : البالغ .

فصــل [١٢ - في عدم رجم أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها] :

وإنما قلنا إن أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها لم ترجم لأنها غير محصنة ، ولأنها لم يحصل لها من شروط الإحصان بعد البلوغ والعقل والإسلام إلا الحرية وذلك غير موجب لها الإحصان .

فصــل [١٣ - إذا أنكر أحدهما يمنع كون الآخر محصنا] :

ووجه قوله إن إنكار أحدهما يمنع كون الآخر محصنا أن ذلك شبهة لأنه لا يجوز أن يكون أقر بالوطء لغرض له لا أنه كان وطىء حقيقة ، ووجه قوله إنه يكون محصنا اعتباراً بإقرارهما ، ولأن تكذيبها له لا يخرجه [١] عما يلزمه مما يقر به على نفسه من حقوق الله تعالى أصله إذا أقر أنه زنى بها وهي تنكر أن ذلك لا تسقط الحد عنه .

فصــل [١٤ - في كون الإيلاج من غير الإنزال يكفي في الإحصان] :

وإنما قلنا إن الإيلاج يكفي فلأن اسم الوطء يقع عليه ، ولأنه ﷺ لما قرر [٢] ما عزا لم يزده على أن أقر عنده بالإيلاح ولم يطلب منه زيادة على ذلك ، ولأن سائر الأحكام المتعلقة بالوطء يتعلق بالإيلاج فقط من وجوب الغسل والمهر والحد والإحلال للزوج الأول وغير ذلك فكذلك الإحصان الواجب عنه .

* * *

---

(١) في م : لا يخرجها وفي ر : لا يخرجهما .

(٢) في ق : أقر .

باب [في حد الزاني البكر]

فأما حد الزاني البكر فإنه يختلف باختلاف أقسام الأبكار ، ولا يخلو الزاني البكر من ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون رجلا حرا ، والثاني أن تكون امرأة حرة، والثالث أن يكون مملوكا ولا يختلف حال المملوك بالذكورة والأنوثة ، فأما الرجل الحر فحده مائة جلدة (١) وتغريب عام وهو نفيه إلى غير بلده وحبسه فيه سنة ، وأما المرأة الحرة فحدها جلد مائة من غير تغريب ، وأما العبد ومن فيه بقية رق فحده خمسون جلدة من غير تغريب (٢) .

فصل [١ - في جلد الحرَّين مائة جلدة] :

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجلدان مائة جلدة لقوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ (٣) ، وللأخبار التي رويناها .

فصل [٢ - في تغريب الرجل مع الجلد] :

وإنما قلنا إنه يغرب الرجل مع الجلد عاما خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يجب التغريب إلا على طريق التعزير إن رآه الإمام (٤) ، لقوله ﷺ : « والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » (٥) ، وقوله ﷺ « لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل

---

(١) جلدة : سقطت من م .

(٢) انظر التفريع : ٢/٢٢٢، الرسالة : ٢٤١ ، الكافي : ٥٧٤ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٢ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/١٨٧ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٣٧٤ .

وجلد ابن الرجل الذي سأله مائة وغربه عاما »[١] وليس فيه[٢] قياس يتحرر[٣] على التحقيق .

فصـل [٣ - في عدم تغريب المرأة] :

وإنما قلنا إن المرأة لا تغرب خلافاً للشافعي[٤] ، لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾[٥] ، ولأن التغريب في الرجل عقوبة له ينقطع عن ولده[٦] وأهله وعن بلده[٧] ومعاشه وتلحقه الذلة بنفيه[٨] إلى غير بلده وليس فيه ما في المرأة من الحاجة إلى المراعاة في الحفظ ومنع السفر ، والمرأة محتاجة إلى الصيانة والحفظ والمراعاة إلى أكثر من حاجة الرجل ففي تغريبها تعريض لها للهتك الذي هو ضد الصيانة ومواقعة مثل ما غربت لأجل مواقعتها له وذلك إغراء ، لا ردع وزجر فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة .

فصـل [٤ - في كون حد الأمة على النصف من حد الحرة] :

وإنما قلنا إن حد الأمة على النصف من حد الحرة لقوله تعالى : ﴿ فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾[٩] ، وإنما قلنا إن العبد في ذلك كالأمة لاجتماعهم في نقص الرق .

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ١٣٧٥ .

(٢) في ر : في ذلك .

(٣) في ر : مجرد .

(٤) انظر الأم : ٦/ ١٢٤ ، الإقناع : ١٦٨ .

(٥) سورة النور الآية : ٢ .

(٦) ولده : سقطت من ق .

(٧) وعن بلده : سقطت من م .

(٨) في م : بغيته .

(٩) سورة النساء، الآية : ٢٥ .

فصل [٥ - في عدم تغريب العبد والأمة] :

وإنما قلنا لا تغريب على عبد ولا أمة خلافاً للشافعي [١] ، للظاهر ولقوله ﷺ: « إذا زنت أمة أحدكم فليحدها ثم إن زنت فليحدها ثم قال في الرابعة فليبعها ولو بضفير [٢] » [٣] فيه دليلان : أحدهما أنه سئل عن حدهما فذكر الجلد ولم يذكر التغريب ، والثاني أنه كرر ذكر الجلد فلو كان التغريب واجباً في الحد لكان الأولى أن يذكر ، ولأن التغريب على الحر لينقطع عن وطنه ومعاشه ويلحقه ذلة بذلك فيرتدع والعبد لا وطن له ولا معيشة فينقطع [٤] عنها بتغريبه ، ولأنه لو كان التغريب واجباً عليه لكان على النصف من تغريب الحر كالجلد .

* * *

---

(١) انظر الأم : ٦/١٣٦ ، ١٣٥ ، الإقناع : ١٦٨ .

(٢) ضفير : حبل من شعر ، عبر به مبالغة في التنفير عنها والحض على مباعدة الزانية (المصباح المنير : ٣٦٣) .

(٣) أخرجه البخاري في البيوع باب بيع العبد الزاني : ٣/٢٦ ، ومسلم في الحدود باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا : ٣/١٣٢٩ .

(٤) في ق : فيقطعه .

باب [في طريق ثبوت الزنا] :

الزنا يثبت بثلاثة أشياء [(١)] : أحدها الإقرار ، والثاني البينة ، والثالث ظهور الحمل من غير ملك ولا شبهة ولا ظهور أمارة دالة على استكراه [(٢)] .

فصل [١ - في دليل الإقرار] :

فأما الإقرار فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾[(٣)] ، وقوله ﷺ : « من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه حد الله » [(٤)] ، وقوله ﷺ « واغدو يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » [(٥)] ، ولأنه ﷺ رجم ماعزا والغامدية باقرارهما [(٦)] ، ولأنه مكلف أقر على نفسه بحق فوجب إقراره كسائر الحقوق .

فصل [٣ - في عدد الإقرار الكافي في وجوب الحد] :

وإقراره مرة كاف في وجوب الحد عليه خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه يحتاج إلى تكرار[(٧)] الإقرار أربع مرات [(٨)] ، للظواهر التي ذكرناها وعمومها يقتضي

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٨٢٥ ، التفريع : ٢/ ٢٢٢ ، والرسالة : ٢٤١ ، الكافي : ٥٧٢ .

(٢) في ق : على استنكاره .

(٣) سورة الأنعام ، الآية : ١٦٤ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٨٢٥ ، والحاكم في المستدرك : ٣/ ٣٨٣ ، والقطان وصححه ابن السكن ، وذكره الدارقطني في العلل والبيهقي :٨/ ٣٣٠ ، (تلخيص الحبير : ٤/ ٥٧) .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٣٧٤ .

(٦) سبق تخريج الحديث ١٣٧٥ .

(٧) في ق : تكرير .

(٨) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/ ١٨٢ .

المرة الواحدة ، ولأن الإقرار في سائر الحقوق لا يفتقر إلى التكرار فكذلك الزنا، ولأنه إقرار من مكلف بالزنا على نفسه فوجب أن يلزمه به الحد أصله إذا كرره ، واعتبارا بالخامسة والسادسة .

فصل [٣ - في شروط الإقرار] :

ومن شرط [١] الإقرار أن يقيم عليه فإن رجع فذلك على وجهين : فإن ادعى شبهة أو أمرا يعذر به مثل : أن يقول وطئت في نكاح فاسد أو دخلت على امرأتى فوطئتها (وأنا لا أعلم ، أو رأيت ، امرأة على فراشي فظننتها أمرأتى فوطئتها)[٢]، أو وطئت جارية بيني وبين غيري وما أشبه ذلك مما يجوز أن يذهب على العامة ومن لا علم عنده فإن هذا يعذر به ويقبل رجوعه عنه لإمكان أن يكون الأمر على ما قاله والحد يدرأ بالشبهة ، وأما إن أكذب نفسه لا إلى شبهة يعذر بها ففيها روايتان : أحداهما أنه يقبل والأخرى لا يقبل منه ، فوجه قوله إنه يقبل [٣] منه وهو قول أبي حنيفة والشافعي [٤] ، قوله ﷺ لماعز : (لعلك لمست : لعلك قبلت)[٥] ، وفائدة ذلك قبول رجوعه إن رجع وقوله لما هرب : (هلا تركتموه) [٦] ، ولأنه معنى يوجب القتل لا يتعلق به حق آدمي فإذا رجع عنه سقط عنه أصله الردة ، ولأنه قول إذا تم لزم به حد الزنا فوجب أن يكون

---

(١) في : شروط .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) فوجه قوله أن يقبل : سقطت من م .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٣ ، الإقناع - للماوردي - ١٦٨ .

(٥) سبق تخريج حديث رجم ماعز في الصفحة ١٣٧٥ .

(٦) أخرجه أبو داود في الحدود باب رجم ماعز بن مالك : ٥٧٣/٤ ، وأحمد : ٢١٦/٥ ، والبيهقي : ٢٢٨/٨ ، وابن أبي شيبة : ٧١/١٠ ، والحاكم :٣٦٣/٤ وقال صحيح الإسناد .

الرجوع عنه مسقطا للحد أصله رجوع الشاهد ، ووجه قوله لا يقبل منه قوله : « من أصاب من هذه القاذورات فيستتر [1] بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله » [2] ، وقوله ﷺ « فإن اعترفت فارجمها » [3] ، ولأنه أقر على نفسه بحق لزمه بإقراره فلم يسقط بإكذابه نفسه أصله حقوق الآدميين .

فصـل [٤ - في دليل ثبوت الزنا بالشهادة] :

فأما الشهادة فالأصل فيها قوله تعالى : ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا ﴾ [4] ، وقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ [5] ، وقول سعد [6] يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهود قال : نعم [7] .

فصـل [٥ - في عدد الشهود الذين يثبت بهم الزنا] :

و عدد الشهود أربعة لما ذكرناه ، ولأنه اجماع الصحابة لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا لما توقف الرابع [8] ، ولا يقبل فيه النساء لأنه حكم يثبت [9] في البدن لا يختص النساء بالاطلاع عليه فلم يقبل إلا الرجال كالطلاق والعتاق والقتل .

---

(١) في ق : يستر .

(٢) سبق تخريج الحديث ١٣٨٣ .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٣٧٤ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ١٥ .

(٥) سورة النور ، الاية : ٤ .

(٦) في ق: أسعد ، **وسعد بن عبادة** بن دليم بن حارثة الأنصاري الخزرجي أحد النقباء وسيد الخزرج وأحد الأجواء ، مات بأرض الشام سنة خمس عشرة وقيل غير ذلك (تقريب التهذيب : ٢٣١) .

(٧) أخرجه مسلم في اللعان : ٢/ ١١٣٥ .

(٨) أخرجه البيهقي : ٨/ ٢٣٤ .

(٩) يثبت : سقطت من م .

فصــل [٦ - اشتراط كون الشهادة بالزنا في مجلس واحد] :

ومن شرط الشهادة بالزنا أن تكون في مجلس واحد فإن افترقت في مجالس فالشهود قذفة عند مالك ، وقال عبد الملك وهو قول الشافعي تقبل شهادتهم مجتمعين ومفرقين [(١)] ، فوجه قول مالك إنه معنى لو لم ينضم إلى شهادة الشاهد كانت شهادته قذفا فوجب أن يؤخذ معها عند إقامتها لا متراخيا عنها أصله لفظ الشهادة ، وصفة الرؤية ، فيقيس كمال العدد في المجلس على لفظ الشهادة ، ووجه قول عبد الملك أنه حق يثبت بشهادة الشهود إذا جاءوا مجتمعين فوجب أن يثبت بهم وإن جاءوا مفترقين كالشهادة على القتل والسرقة .

فصــل [٧ - اشتراط كون الشهادة في الزنا على المعاينة] :

ومن شرطها أن يشهد الشهود على المعاينة أنهم رأوا فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة ، وإنما قلنا ذلك لجواز أن يظهر من تفصيلهم ما يسقط به الحد فإن لم يفصلوا وشهدوا مجملا [(٢)] أنهم رأوه يزني بها الزنا الموجب للحد قال (ابن القاسم لا يحد المشهود عليه ويحد الشهود ويكونون قذفة) [(٣)] ، ومن أصحابنا من يقول إذا كان الشهود فقهاء ، والقاضي فقيها وكانوا على مذهب واحد وشهد الشهود أنهم رأوه يزني الزنا الموجب للحد فيجوز للحاكم أن يقتصر على هذا القدر منهم ولا يكلفهم التفصيل .

فصــل [٨ - إذا شهد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهد] :

إذا شهد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهد حد (الثلاثة ولا حد على الرابع ولا على المشهود عليه ، وإنما قلنا يحد) [(٤)] الثلاثة [(٥)] خلافاً لأحد قولي

---

(١) انظر الأم : ١٣٧/٦ - ١٣٨ ، المهذب : ٣٣٣/٢ .

(٢) مجملا : سقطت من م .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

(٥) انظر المدونة :٤٠١/٤ ، التفريع : ٢٢٢/٢ ، الرسالة : ٢٤١ ، الكافي : ٥٧٣ .

الشافعي [١] ، لإجماع الصحابة لأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة لما توقف الرابع وهو زياد [٢] ولم يقطع ، وقال لأبي بكرة[٣] تب وأقبل شهادتك ، وروي عن علي رضي الله عنه [٤] مثله ، ولأنهم أدخلوا المعرة عليه [٥] بإضافة الزنا إليه بسبب لم تسقط حصانته وكانوا قذفة أصله إذا قذفوه ابتداء ، وإنما قلنا لا يحد الرابع لأنه لم يكن منه رمي لأنه لم يفصح[٦] شيئاً يلزمه به حكم ، وإنما قلنا إنه لا يحد المشهود عليه لأن البينة لم تقم عليه لأن العدد شرط في كون الشهادة كاملة [٧] ، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يحد المغيرة لما لم يتم عدد الشهود .

فصـل [٩ - إذا شك أحد الشهود بعد تمام الشهادة وقبل إقامة الحد] :

وأما إن شهد الأربعة وتمت الشهادة ثم شك أحدهم أو رجع : فإن كان قبل إقامة الحد جلد الجميع ولم يحد المشهود عليه ، [٨] وإن كان بعد إقامة الحد جلد

---

(١) انظر الأم : ٦/ ١٣٧ - ١٣٨ ، مختصر المزني : ٢٦١ ، الأقناع : ١٦٩ .

(٢) زياد بن عبيد ثقيف وهو زياد بن سمية ، وهو أخو أبي بكرة لأمه ولد عام الهجرة وأسلم زمن الصديق ، مات بالطاعون عام ثلاث وخمسين (سير أعلام النبلاء : ٣/ ٤٩٤) .

(٣) أبي بكرة : نفيع بن الحارث بن كلدة بن عمرو الثقفي صحابي مشهور بمنيته أسلم بالطائف ثم نزل البصرة ومات بها سنة إحدى أو اثنتين وخمسين (تقريب التهذيب : ٥٦٥).

(٤) عبد الرزاق :٧/ ٣٨٥ ، ٤٠١ ، المحلي : ١١/ ٢٥٩ .

(٥) عليه سقطت من ق .

(٦) في ق : يقبل .

(٧) في م : الشهود بينة .

(٨) انظر المدونة : ٤/ ٣٩٩ ، التفريع : ٢/ ٢٢٣ الكافي : ٥٧٣.

الشاك أو الراجع وحده ، وإنما فرقنا بين الموضعين لأن الشك والرجوع إذا كان بعد تمام الشهادة يجعل الراجع قاذفا لأن الذي حصل منه علما (كان مقيماً مع بقية الشهود كان شهادةً) (١) فلما رجع عنه أو شك فيه بعد حصوله منه كان ذلك قذفا لأنه غير محكوم بكونه شهادة فلم يبق إلا القذف ، فإن كان ذلك قبل مضي الحد جلد الكل لأن الجميع (٢) قذفة لأن الشهادة لم تحصل منهم برجوع الواحد ، فإن كان رجوعه بعد مضي الحد جلد الراجع وحده لأنه مقر على نفسه بالقذف ولم يحد الباقون لأن الشهادة قد تمت وحكم بها فلا سبيل إلى نقضها ، ورجوع هذا قذف مستأنف وتكذيب منه لنفسه ولهم فقبل فيها عليه ولم يقبل فيما يلزم غيره به حكم لنفود الحكم ، ثم القول فيما يلزم الرابع من قصاص أو غرم فيما تلف بشهادته يذكر فيما بعد .

فصـــل [١٠ - في عدم مطالبة المقر بالزنا بحكاية الفعل وصفته إياه خلافاً للشهود] :

المقر بالزنا لا تلزم مطالبته بحكاية الفعل وصفته إياه خلافاً للشهود إلا أن يتهم بغفلة أو جهل فيتكشف (٣) ، كما فعل ﷺ لماعز (٤) ، والفرق بين الإقرار والشهادة أن ما يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقوى مما يلزمه بالشهادة ألا ترى أنه يقبل إقراره على نفسه عدلا كان أو فاسقاً حرا كان أو عبداً رجلاً كان أو امرأة ، ولا يقبل في الشهادة الفاسق ولا العبد ولا المرأة ، ولأن الشهود قد غلظ عليهم في ذلك مالم يغلظ في ذلك (٥) على المقر لأنه لا ضرورة بهم إلى الشهادة على غيرهم ، والمقر ليس بشاهد على غيره وإنما هو مخير عن نفسه .

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) في م : جميعهم .

(٣) في م : مستكشف .

(٤) فقد رده ﷺ أربع مرات وقاله له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؟ . . . إلخ الحديث .

(٥) في ذلك : سقطت من م .

مسألة [١١ - في عدم سقوط حد الزنا والسرقة والشرب بالتوبة] :

التوبة لا تسقط الحد في الزنا والسرقة والشرب خلافاً للشافعي [١] ، لقوله عز وجل : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [٢] وقال ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [٣] ولم يفرق ، وقوله ﷺ « فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه الحد [٤] » [٥] ولم يفرق ، وقوله في ماعز : « لقد تاب توبة لو قسمت على أهل الأرض لوسعتهم » [٦] ، وفي حديث آخر [٧] «لو تابها صاحب مكس لغفر له » [٨] ، ولأنه أمر مستتر به فلم تقبل التوبة فيه كالزنديق ، ولأن الحد تحصين للإنسان ففي إسقاطه زوال ذلك [٩] المعنى ، ولأن التوبة فيما لم يفترق له الحكم فيما بين القدرة عليه أو عدمها لم يسقط الحد كالقذف والقتل ، وبهذا فارق الحرابة .

فصـل [١٢ - إذا ظهر حمل بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج ولا سيد] :

إذا ظهر حمل بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج ، ولا سيد الأمة مقر بوطئها : بل منكر والحرة مقيمة ليست بغريبة بأنها تحد ولا يقبل قولها إن قالت : غصبت أو استكرهت إلا أن يظهر أمارة على ذلك بأن يرى بها أثر دم أو شاهد منها

---

(١) انظر المهذب : ٢/ ٢٨٦ .

(٢) سورة النور ، الآية: ٢ .

(٣) سورة المائدة ، الآية : ٣٨ .

(٤) في م : كتاب الله .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ١٣٨٣ .

(٦) هو جزء من الحديث الذي سبق تخريجه .

(٧) في م : وفي الغامدية .

(٨) أخرجه مسلم في الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا :٣/ ١٣٢٤ .

(٩) في م : هذا .

استغاثة أو صياح أو ما أشبه ذلك مما يعلم معه في الظاهر صدقها [١] ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا حد عليها على كل وجه إلا أن تقر بأنها زنت أو تقوم بينة[٢]، ودليلنا حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : الرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال أو النساء إذا قامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف [٣] ، ولا مخالف له ، ولأن إسقاط الحد ذريعة إلى أن لا يقام [٤] حد في زناة ، ولأن كل من وجد بها حمل أو شوهد معها من يطؤها ادعيا الزوجية فيصير ذلك طريقا إلى إبطاله فلا يمكن إقامته ، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحد يلزم بشهادة الشهود ، وأن ادعاء الزوجية غير مقبول مع الشهود ، وقد علمنا أن الشهود إنما يشهدون على الظاهر لا على الحقيقة والقطع ، والظاهر في مسألتنا الزنا لأن الوطء ثابت بظهور الحمل ولا أمارة على ما يدعونه ولا علامة فلا يجب ترك الظاهر بقولهما ولهذا قلنا إنهما لا يحدان إذا كانا غريبين لإمكان أن يكون الأمر على ما قالاه، وليس في [٥] تصديقهما نفي الظاهر ولا ذريعة إلى إسقاط الحد.

فصل [١٣ - في الشهادة على الشهادة في حد الزنا] :

الشهادة على الشهادة في حد الزنا جائز [٦] لما يذكر في باب الشهادة [٧] ، وقد بينا أن شهود الأصل لا بد أن يكونوا أربعة ، وأما شهود الفرع فمختلف فيه على روايتين : إحداهما أنه لا بد أن يشهد على شهادة كل واحد أربعة فإن كان

---

(١) انظرم الرسالة : ٢٤١ ، الكافي ٥٧٥ .
(٢) انظر شرح فتح القدير : ٤/١١٩ ، نهاية المحتاج :٧/ ٤٣٠ .
(٣) أخرجه البخاري في الحدود باب رجم الحبلى : ٨/٢٦ ، ومسلم في الحدود باب رجم الثيب في الزنا :٣/١٣١٧ .
(٤) في ق : إلى أن يقيم .
(٥) في م : على ما قلنا وإذ .
(٦) في م : مقبوله .
(٧) في م : الشهادات .

على كل واحد أربعة غير الأربعة الذين شهدوا على واحد جاز ، والأخرى أنه إن شهد إثنان على كل واحد من شهود الأصل جاز والأولى هي الصحيح [١] لأن الزنا لا يحد فيه إلا بأربعة ومتى قبلنا [٢] شهادة شاهدين على الأربعة أدى ذلك إلى أن يقام الحد بشهادة اثنين وذلك غير جائز [٣] ، ولأن شهود الفرع أضعف من شهود الأصل لأن النقل فرع عن الأصل فإذا كان الأصل لابد فيه من أربعة فكذلك النقل .

فصل [١٤ - في الشهود في الزنا يختلفون في الفعل] :

لا يقبل في الشهادة على الزنا إلا أربعة يشهدون على فعل واحد : فإن اختلف الفعل الذي يشهدون عليه مثل أن يشهد اثنان أنهما رأياه يزني بها في هذه الزاوية ويشهد اثنان في الزاوية الأخرى فلا تقبل هذه الشهادة ويحد الشهود [٤] وقال أبو حنيفة عليه الحد [٥] فدليلنا أن الاختلاف في المكان جار مجرى الاختلاف في الزمان من باب أن الفعل في مكان غير الفعل في غيره من الأماكن كما أن الفعل [٦] في زمان غير الفعل في زمان غيره ، وقد ثبت أنهم لو شهدوا عليه فقال أحدهما أشهد أنه زنى يوم السبت وقال الآخر يوم الأحد لم يجب عليه حد كذلك في المكان .

---

(١) انظر المدونة : ٤٠٢/٤ ، التفريع : ٢٤٠/٢ ، الكافي : ٥٧٣ .

(٢) في م : قلنا .

(٣) وذلك غير جائز : سقطت من ق .

(٤) انظر : المدونة : ٤٠١/٤ ، التفريع : ٢٢٣/٢ ، الرسالة : ٢٤١ ، الكافي : ٥٧٢ .

(٥) نظر مختصر القدوري مع شرح الميداني : ١٨٢/٣ ، وشرح فتح القدير : ١٦١/٤.

(٦) الفعل سقطت من م .

مسألة [١٥ - حكم ما إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها]:

إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها فلا حد عليه [(١)] ، خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه يحد ولا يقبل منه ذلك إلا أن يكون ليلة الزفاف [(٢)] ، لأنه وطء من يعتقد أنها زوجته فلم يلزمه حد أصله إذا زفت إليه امرأة وقيل : إنها زوجتك وكانت غيرها .

فصل [١٦ - العوارض التي تؤخر لها إقامة الحدود] :

العوارض التي تؤخر لها إقامة الحدود ثلاثة [(٣)] : أحدها معنى في المحدود لا يتعلق بغيره ، والثاني معنى موجود به يتعلق بغيره ، والثالث معنى منفصل منه ، فأما الموجود به الذى [(٤)] لا يتعلق بغيره كالمرض وذلك كالحمى الشديدة ، ووجع الجوف أو الكبد أو غير ذلك من أنواع الأمراض التي يخاف معها [(٥)] تلفه فهذا يوجب تأخير الحد عنه إلى برئه ، والدليل عليه أن المقصود من الحد الردع والزجر دون الإتلاف يبين ذلك أن الله تعالى فرق بين الحدود فجعل في بعضها الرجم وفي بعضها الجلد ، ولأن الإمام يجلد بسوط بين السوطين خيفة القتل ، فإذا ثبت ذلك ثم خيف على المريض القتل وجب تأخيره .

وأما الموجود به المتعلق بغيره فهو الحمل وذلك يقتضي التأخير لأنها لو جلدت لأدى إلى إتلافه ، وأما المنفصل منه فالزمان يخاف منه تلف المحدود وذلك أن الجراح في شدة البرد يعظم الخطر فيه فيؤدي إلى التلف غالباً هذا كله في الجلد والقطع ، وأما في الرجم فلا يؤخر لمرض ولا لشدة برد ، ويؤخر في الجلد

---

(١) انظر الكافي : ٥٧٤ .

(٢) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ١٩١ .

(٣) انظر المدونة : ٤/ ٤٠٤ ،الكافي : ٥٧٤ .

(٤) الذي : سقطت من م .

(٥) في م : منها .

والرجم في الحمل حتى تضع لئلا يتلف الحمل ، ولذلك قال رسول الله ﷺ للغامدية ، (اذهبي حتى تضعي) [(١)] ، وتؤخر بعد الوضع في الجلد لتغتسل من نفاسها لأن النفاس مرض لا يؤمن معه إذا [(٢)] جلدت التلف ، وفي الرجم تؤخر حتى يوجد من يرضع الصبي : فإن وجد من يرضعه رجمت حتى تفطمه وبنحو ذلك روى مالك في الموطأ [(٣)] .

فصـل [١٧ - فيمن وطىء جارية له فيها شرك] :

ومن وطىء جارية له فيها شرك فلا حد عليه لوجود الشبهة في وطئه باختلاط ملكه بملك شريكه [(٤)] ، ويلحق به الولد لشبهة الملك ، وإن حملت قوم على الواطىء نصيب شريكه لا يختلف قوله فيه لأنه لما لحق الولد به وثبتت حريته[(٥)] ، اكتسبت الأمة الحرية ، فإن لم تحمل فقد اختلف قوله في تقويم نصيب الشريك عليه [(٦)] : فوجه قوله أنه تقوم عليه فلتتكامل الشبهة له في سقوط الحد عنه بتمليكه نصيب شريكه ، ووجه قوله لا تجب التقويم عليه [(٧)] أنه بمنزلة من وطىء أمة على فراشه لأن وطأه إياها شبهة لا توجب التقويم عليه .

فصـل [١٨ - فيمن زنى بجارية أبيه أو ابنه] :

ومن زنى بجارية أبيه فعليه الحد وإن زنى بجارية ولده فلا حد عليه [(٨)] ،

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ١٣٧٥ .

(٢) في م : متى .

(٣) انظر الموطأ : ٢/٨٢١ - ٨٢٥ .

(٤) في ق : غيره .

(٥) في ق : حرمته .

(٦) انظر المدونة : ٤/٣٨١ ، التفريع : ٢/٢٢٣ ، الرسالة : ٢٤١ .

(٧) في م : لا يقوم عليه .

(٨) انظر التفريع : ٢/٢٢٣ ، الرسالة : ٢٤١ .

والفرق بينهما أن للأب شبهة في قتل ولده فإن وطء أمته كان كالواطىء أمة له فيها شرك ولا يحد لشبهة الملك ، والولد لا شبهة له في مال أبيه ألا ترى أنه يتزوج أمة أبيه والأب لا يتزوج أمة أبنه فيكون زانيا بمن لا شبهة له في ملكها فعليه الحد.

فصل [١٩ - وجوب الحد على من اغتصب حرة فزنى بها كان حراً أم عبداً]:

ومن اغتصب حرة فزني بها فعليه الحد حراً كان أو عبداً [١] لعموم قوله تعالى: ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [٢] ولم يفرق بين الغصب والطوع ،ولا حد عليها لأنها ليست بزانية لأن الإكراه ينفي الزنا ، ولأنه لم يكن منها فعل ينسب إليها به الزنا .

فصل [٢٠ - وجوب الصداق على من زنى بحرة] :

وعليه صداق مثلها بكرا كانت أو ثيبا [٣] خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا صداق عليه [٤] ، لأنها حرة موطوءة لا حد عليها في وطئها فوجب أن يلزم واطئها صداقها أصله إذا وطئت بشبهة ، وإن كان عبدا فإن إفتداه سيده بصداق المثل وإلا أسلمه لأن ذلك أرش الجناية .

فصل [٢١ - فيمن استكره أمة فوطئها] :

والحر إذا استكره أمة فوطئها فعليه الحد وما نقص من قيمتها ولا صداق عليه[٤] لأنها جناية على مال فروعي فيها نقصه دون الصداق وغلب عليها حكم

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٢٤، الرسالة : ٢٤١ ، الكافى :٥٧٤ .

(٢) سورة النور، الآية : ٢ .

(٣) انظر التفريع : ٢/٢٢٤ ، الكافي : ٥٧٤ .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين : ٢/٢٧١ ، ٣٥٠ .

(٥) انظر المدونة :٤/ ٣٨٠ ، التفريع : ٢/ ٢٢٤ ، الكافي : ٥٧٤ -٥٧٥ .

الجناية [1] على الأموال اعتباراً به لو جرحها أو قطع [2] عضوا من أعضائها ، وإن كان عبدا فذلك في رقبته إلا أن يفتديه [3] سيده ، وإن لم يؤثر الوطء نقصاً فلا شيء على الواطىء حرا كان أو عبدا سوى الحد فقط .

فصـل [٢٢ - إذا استكره الذمي حرة مسلمة أو أمة] :

إذا استكره الذمي [4] حرة مسلمة قتل [5] لأنه بذلك ناقض العهد فقد أضاع دم نفسه وقد صار له حكم أهل الحرب ، وإن استكره أمة فعليه ما نقص من ثمنها بكرا كانت أو ثيبا لأنها جناية على مال فلا يقتل بالجناية على الأموال والفضل بين استكراهه للحرة والأمة أن الأمة قد يصح له ملكها وهو إذا أسلمت أمته أو ابتاع مسلمة عن إحدى الروايتين ، والحرة لا يصح له وطؤها بحال لأنها لا توطأ إلا بعقد نكاح وذلك لا يصح فيه .

فصـل [٢٣ - وجوب الحد على المسلم إذا زنى بنصرانية] :

إذا زنى المسلم بنصرانية فعليه الحد لعموم [6] الظواهر ، والأخبار واعتباراً بالمسلمة ، فإن اغتصبها فالحكم فيها كالحكم في المسلمة ، فإن طاوعته [7] فلا حد عليها خلافا لأبي حنيفة والشافعي [8] ، لأنه فعل يجب فيه الحد لحق الله تعالى على التجريد ولا يؤخذ به أهل الذمة كالشرب ، ولا يلزم عليه القتل والسرقة والقذف لأنها حق الله أو للأدميين على التجريد ألا ترى أنه لو سرق أو قذف أو قتل ثم أسلم لأقيم ذلك عليه بعد إسلامه .

---

(١) في م : الجنايات .

(٢) في ق : قطعها .

(٣) في م : يفديه .

(٤) في م و ر : النصراني .

(٥) انظر التفريع : ٢/ ٢٢٤ ، الرسالة ص ٢٤٢ ، الكافي : ٥٧٤ .

(٦) انظر التفريع : ٢/ ٢٢٤ ، الرسالة : ٢٤٢ ، الكافي : ٥٧٤ .

(٧) فإن طاوعته : سقطت من م .

(٨) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٢ ، المهذب : ٢/ ٢٦٦ .

فصل [٢٤ - إقامة السيد الحد على عبده وأمته] :

للسيد أن يقيم على عبده وأمته حد الزنا والشرب [(١)] في الجملة [(٢)] خلافاً لأبي حنيفة [(٣)] ، لقوله ﷺ : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم »[(٤)] ، وقوله : « إذا زنت أمة أحدكم فليحدها » [(٥)] ، ولأن له أن يجلدها بحق الملك كالإمام .

فصل [٢٥ - إن كان للأمة زوج حرا أو عبدا] :

وهذا إذا كانت لا زوج لها وكان زوجها عبدا للسيد ، فأما إن كان لها زوج حر أو عبد لغير السيد فلا يقيم سيدها عليه الحد لأن في ذلك تصرفا في حق الغير وإبطال فراشه ولا يد للسيد على ملك غيره .

فصل [٢٦ - إقامة الحد برؤية السيد وعلمه ؟] :

وهذا إذا ظهر حمل أو قامت بينة أو إقرار ، فأما برؤية السيد وعلمه [(٦)] ففيه روايتان [(٧)] : (إحداهما سقوطه ، والأخرى ثبوته) [(٨)] فوجه سقوط ذلك

---

(١) الزنا والشرب : سقطت من م .

(٢) انظر المدونة : ٤/٤٠٨ ، التفريع : ٢/٢٢٤ ، الرسالة : ٢٤٢ ، الكافي : ٥٧٤.

(٣) انظر مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/١٨٦

(٤) أخرجه أبو داود في الحدود باب إقامة الحد على المريض : ٤/٦١٧ ، وأحمد : ١/٩٥ ، وأخرجه مسلم في الحدود باب تأخير الحد من النفساء : ٣/ ١٣٣٠ ، بلفظ «أقيموا علي ارقاكم الحد » .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٣٨٢ .

(٦) في ق : عمله .

(٧) انظر المدونة : ٤/٤٠٨ ، التفريع : ٢/٢٢٤ ، الرسالة : ٢٤٢ ، الكافي : ٥٧٥.

(٨) ما بين قوسين سقط من م و من ر .

اعتباراً [1] بالإمام ، ووجه إثباته أن السيد لا يتهم في عبده وأمته ، والإمام على رعيته لا يتهم .

فصل [٢٧ - عدم إقامة حد السرقة على العبد والأَمَة من السيد] :

ولا يقيم عليها حد السرقة إلا الإمام ، والفصل بينه وبين سائر الحدود أنه قطع عضوه وذلك مثلة يعتق عليها بها فلو مكناه من ذلك لكان كل من مثل بعبده يدعى أنه قطعهُ في سرقة فيصير ذريعة إلى انتفاء العتق بالمثلة [2] وسائر الحدود بخلاف ذلك .

فصل [٢٨ - إحضار الإمام طائفة من المؤمنين ليشهدوا إقامة الحد] :

وينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول [3] لقوله تعالى : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ [4] ، (وكذلك السيد في إقامة الحد على عبده وأمته) [5] والطائفة أربعة فصاعدا ، والفائدة في ذلك إنه إن قذفه قاذف فطالب بحد فاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك بإحضار من شهد حده .

فصل [٢٩ - في هيئة المرجوم] :

لا يربط المرجوم [6] لأن النبي ﷺ لم يربط ماعزا ولا غيره ممن أمر برجمه،

---

(١) في م : اعتباره .

(٢) في ق : به المثلة .

(٣) انظر المدونة : ٤/٤٠٨ ، التفريع : ٢/٢٢٤ ، الكافي : ٥٧٢ .

(٤) سورة النور الآية : ٢ .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) انظر المدونة : ٤/٤٠٤ ، الكافي : ٥٧٢ .

ولأن رجوعه يقبل ولا معنى لربطه ، وكذلك في الجلد ولا يحفر له لأنه ﷺ لم يأمر بالحفر ، والحدود كلها سواء في الإيجاع [(١)] والصفة يجرد فيها الرجل ولاتجرد فيها المرأة ولكن يترك عليها من الثياب ما لا يقيها ألم الضرب لأنها عورة بخلاف الرجل ، ويضربان قاعدين خلافاً لمن قال أنه يقام الرجل [(٢)] لأن القيام زيادة في الألم لم يرد به شرع ، واعتبارا بالمرأة ويجتنب في ضربهما المقاتل.

مسألة [٣٠ - في تداخل الحدود] :

الحدود ما كانت من جنس واحد وكان سببها واحد تداخلت وأجزأ واحدها عن سائرها ، وذلك مثل أن يزني مرارا أو يشرب مرارا أو يسرق مرارا أو يقذف مراراً واحداً أو جماعة فيجزى حد واحد من ذلك كله [(٣)] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ [(٤)] ولم يفرق ، ولأن ذلك كتكرار الإيلاج والإجتراع جرعة بعد جرعة ، ولأن ذلك كالأحداث إذا تواترت قبل الطهارة أن ما يجب بها عن الطهارة ما يتداخل ، فأما إن كانت من جنس واحد [(٥)] وأسبابها مختلفة كالزنا والشرب (والقذف فإنها لا تتداخل ويستوفي جميعها إلا أن يكون أحدها فرعا للأخر فيتداخلان وذلك كحد القذف) [(٦)] والشرب لأن الشرب مأخوذ من القذف فشبه به لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم [(٧)]

---

(١) في ق : الإجماع .

(٢) قاله جمهور أهل العلم (أنظر المغنى :١٥٨/٨) .

(٣) انظر المدونة :٣٩٧/٤ ، التفريع : ٢٢٦/٢ ، الرسالة :٢٤٢ ، الكافي :٥٧٥.

(٤) سورة النور، الآية :٢ .

(٥) واحد : سقطت من م.

(٦) ما بين قوسين سقط من ق .

(٧) رضي الله عنهم : سقطت من م .

أنهم لما اختلفوا في تقدير حد الشرب قالوا نرى أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فيجلد حد الفرية [(١)] ، [(٢)] وإذا قذف جماعة بكلمة واحدة كفى حد واحد خلافاً لمن قال لكل واحد حد[(٣)] ، لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [(٤)] ، ولأنه قذف واحد فلم يجب به إلا حد واحد أصله إذا كان المقذوف واحداً ، وإذا كانت الحدود من أجناس كالجلد والقطع استوفيت ولم تتداخل إلا أن يكون فيها قتل فإن ما دونه يدخل فيه إذا كان جهة استحقاقه واحدة ، فأما إذا كان الغرض مختلفاً فإن القتل لا يجزى منه كحد القذف يجلد [(٥)] القاذف ثم يقتل لأن الغرض بالحدود دفع [(٦)] المعرة عن المقذوف ولا يكون ذلك إلا بحد قاذفه .

مسألة [٣١ - في الرجم باللواط] :

ويجب باللواط إذا حصل الإيلاج الرجم عليهما أحصنا أو لم يحصنا ولا يثبت إلا بما ثبت به الزنا من الإقرار والبينة ، وأما وجوب الحد منه [(٧)] خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا حد فيه [(٨)] وإنما فيها التعزير ، فإنه إيلاج في فرج آدمي مقصود به اللذة فوجب أن يتعلق به الحد كالقتل .

---

(١) في م : المفترى .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ :٢/٨٤٢ ،و الشافعي عنه عن ثور بن زيد الديلي وهو منقطع لأن ثوراً لم يلحق عمر بلا خلاف لكن وصله النسائي والحاكم من وجه آخر (انظر تلخيص الحبير :٣/ ٧٥) .

(٣) قاله : الحسن وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد مثل ذلك وللشافعي قولان : (المغني: ٨/ ٢٣٣) .

(٤) سورة النور ، الآية : ٤ .

(٥) في م : يحد .

(٦) في م : زوال .

(٧) انظر التفريع : ٢/ ٢٢٥ ، الرسالةن : ٢٤٢ ، الكافي : ٥٧٤ .

(٨) انظر مختصر الطحاوى :٢٦٣ ، مختصر القدورى -مع شرح الميدانى :٣/ ١٩١ .

فصل [٣٢ - في كون حد اللواط الرجم] :

وإنما قلنا إن الحد هو الرجم خلافاً للشافعي في قوله وإن كان غير محصن فعليه الجلد [١] ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (من وجدتموه على عمل قوم لوط فارجموا الفاعل والمفعول) [٢] ولم يشترط في ذلك الإحصان ، ولأنه أغلظ من الزنا ، ولأن المزني بها جنس مباح وطئها وإنما أتيت على خلاف الوجه المأذون فيه ، والذكر ليس بمباح وطؤه فكان فيه أغلظ من حد الزنا ، وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بما يثبت به الزنا لأن حده يتعلق به الرجم فأشبه الزنا .

فصل [٣٣ - فيمن أتى بهيمة] :

من أتى بهيمة فلا حد عليه [٣] خلافاً لمن قال أنه يقتل أو يحد [٤] لقوله ﷺ : « لا يحل أمرىء مسلم إلا بأحد ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان أو قتل بغير نفس » [٥] وكل هذا معدوم في مسألتنا ، ولأنه لم ينتهك حرمة فرج له حرمة [٦] والحد يجب لهذا المعنى .

---

(١) انظر التفريع : ٢/ ٢٢٥ ، الرسالة : ٢٣٢ ، الكافي : ٥٧٤ .

(٢) أخرجه الترمذي في الحدود باب ما جاء في حد اللوطى : ٤/٤٧ ، وابن ماجة في الحدود باب من عمل عمل قوم لوط : ٢/٨٥٦ ، وأبو داود في الحدود باب فيمن عمل عمل قوم لوط : ٤/٦٠٨ والحاكم قال صحيح الإسناد : ٤/ ٣٥٥ .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٢٢٥ ، الكافي : ٥٧٥ .

(٤) في إحدى الروايتين عن أحمد حكمه حكم اللائط وقال الحسن حده حد الزاني وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة (المغني : ٨/ ١٨٩) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) خرج له حرمة سقطت من ق .

فصل [٣٤ - في عدم قتل البهيمة الموطؤة] :

ولا تقتل البهيمة [(١)] خلافاً لمن قال تقتل [(٢)] ، لأن نكاح البهيمة لا يوجب قتلها اعتباراً به إذا نكحها ما هو من جنسها ، ولأن قتلها لما لم يجز أن يكون حداً لاستحالة تكليفها لم يجز أن يقتل لأن القتل الواجب بالوطء لا يكون إلا على وجه الحد .

فصل [٣٥ - في عقاب من أتى بهيمة] :

إذا ثبت أنه لا حد عليه فيعاقب لركوبه أمراً ممنوعاً منه محرماً عليه فوجب زجره عليه [(٣)] لئلا يعود لمثله .

* * *

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٢٥ ، الكافي : ٥٧٥ .

(٢) هو مذهب الإمام أحمد وأحد قولي الشافعي وقول أبي سلمة كما سبق ذكره (المغني: ١٨٩/٨) .

(٣) في م : عنه .

باب [في حد القذف]

القذف [1] موجب للحد في الجملة لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ [2] الآية ، وقوله ﷺ لهلال بن أمية : [3] (البينة وإلا حد في ظهرك) [4] ، ولا خلاف في وجوب الحد به في الجملة [5] .

مسألة [١ - في شروط إيجاب الحد على القاذف] :

ويجب الحد على القاذف بتسع خصال : خصلتان فيه وخمس في المقذوف وخصلتان في الشيء المقذوف به : فأما الخصلتان المشترط وجودهما في القاذف فالعقل والبلوغ ، وأما الخمس المشترط وجودها في المقذوف فالعقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التي رمي بها كان عفيفا عن غيرها أو لا ، والبلوغ الذي نريده يختلف في الغلام والأنثى ، فأما الغلام فبلوغ التكليف

---

(١) القذف : في اللغة : أصل يدل على الرمى والطرح (معجم مقاييس اللغة : ٥/ ٦٨). وفي الاصطلاح : قال ابن عرفة : القذف الأعم : نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم ، والأخص لايجاب الحد : نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيره تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم (الرصاع على ابن عرفة :٤٩٧) .

(٢) سورة النور ، الآية : ٤ .

(٣) هلال بن أمية : بن عافر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بدراً وما بعدها (الإصابة في تمييز الصحابة :٣/ ٥٧٤) .

(٤) سبق تخريج الحديث في اللعان ص ٨٩٨ .

(٥) انظر الإجماع لابن المنذر : ١٤٤ ، المغني : ٨/ ٢١٥ ، نيل الأوطار : ٦/ ٢٨٥ .

وهو الاحتلام أو غيره مما قدمناه دون إطاقة الوطء ، وفي الأنثي إطاقة الوطء وإن لم تبلغ بلوغ التكليف ، وقد تضمن اشتراط العقد كونه ممن يتأتى منه الوطء بخلاف العنين والمجبوب غير المعترض ولذلك لم نجعله شرطا زائداً ومن أوجبه زاده في الأقسام ، وأما الخصلتان في الشيء المقذوف : بأن يقذفه بوطء يلزمه الحد وهو الزنا واللواط لا غير (١) أو أن ينفي نسبه من أبيه ، فأما إن قذفه بسرقة أوشرب خمر أو قتل أو كفر فعليه العقوبة ولا يحد (٢) .

فصل [٢ - اشتراط العقل والبلوغ في وجوب حد القاذف] :

وإنما قلنا إن العقل والبلوغ شرطان في وجوب حد القاذف لأنهما شرطان في التكليف والحد لا يجري إلا على مكلف ، ولقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة: فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق » (٣) .

فصل [٣ - اشتراط العقل والبلوغ في المقذوف] :

وإنما شرطناهما في المقذوف لأن الحد إنما يراد لزوال المعرة عن المقذوف بأن يحد قاذفه والمجنون والصبى لا يصح الزنا منهما وهما على حال الصغر (٤) والجنون فلا عار يدخل عليهما بالقذف ، وهذا إذا قذفهما بزنا منهما فأما إن قذف المجنون بزنا منه قبل جنونه فإنه يجلد لأن المعرة تدخل بذلك .

فصل [٤ - في وجوب حد من قذف مطيقة للوطء] :

وإنما قلنا إن من قذف مطيقة للوطء حد وإن لم تبلغ بلوغ التكليف خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٥) ، لأن المعرة تدخل عليها بالقذف كالبالغ ، ولأن حكم

---

(١) لا غير : سقطت من م .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر الموطأ :٢/٨٢٨ ، المدونة : ٤/٣٧٩ ، التفريع : ٢/٢٢٥ ، الرسالة :٢٤٢ ، الكافي : ٥٧٥ ، المقدمات : ٣/٢٥٩ .

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٢٦٢ .

(٤) في م : الصبا .

(٥) انظر تحفة الفقهاء: ٣/١٤٥ ، مختصر المزني : ٢٦٢ .

وطئها حكم البالغ في وجوب الغسل والمهر والنفقة والإحصان والإحلال وكذلك في وجوب الحد بالقذف به .

فصل [٥ - اشتراط الإسلام في المقذوف] :

وإنما اشترطنا الإسلام لأن عرض الكافر لا حرمة له تهتك بالقذف ، و الفاسق الملِّي لا حد على قاذفه وهو أعظم حرمة من الكافر والكافر أولى.

فصل [٦ - اشتراط الحرية في المقذوف] :

وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن يقول إن العبد يحد قاذفه [١] ، لأن حرمته ناقصة نقصاً أوجبه الرق [٢] كالكافر ولأن كل نقص منع أن يقتل به الحر المسلم منع أن يحد في القذف أصله الكفر .

فصل [٧ - في اشتراط كون المقذوف متمكناً من الوطء] :

وإنما شرطنا كونه متمكناً من الوطء لأن المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الزنا فلم تلحقه معرة بالقذف كالصبي [٣] .

فصل [٨ - في اشتراط كون الرمي بالزنا واللواط لإقامة الحد] :

وإنما شرطنا أن الحد في الرمي بالزنا واللواط دون غيرهما بالجماع عليه [٤] ، ولأن الله عز وجل [٥] شرط في تخليصه [٦] من القذف على أن يأتي بأربعة شهود وليس ذلك إلا في الزنا واللواط .

---

(١) روي عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد (المغني :٨/ ٢١٦) .

(٢) في ق و ر : الكفر .

(٣) كالصبي : سقطت من ق .

(٤) انظر الإجماع :١٤٤ ،والمغني : ٨/ ٢١٥ .

(٥) في م : تعالى .

(٦) في م : تخلصه .

فصـــل [٩ - فيما إذا رماه بالوطء فيما دون الفرج] :

وأما إن رماه بالوطء فيما دون الفرج : فقال ابن القاسم يحد لأن ذلك من التعريض ، وقال أشهب لا يحد لأنه صرح أنه فعل ما ليس بزنا ولا لواط كما لو قال قبلتها [١] .

فصـــل [١٠ - فيمن نفى رجلا عن أبيه] :

وإنما قلنا إذا نفى رجلاً عن أبيه فعليه الحد لأنه قد عره بذلك وقذف أباه وأمه فعليه الحد ، ومن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه كاذب قطعاً ، والكذب لا يعر المقول[٢] له ، والفصل بين قوله لست لأبيك وقوله لست لأمك أن نسب الولد لاحق بأبيه حكماً ويلحق بأمه مشاهدة وحكماً [٣] ويقينا بمشاهدة الولادة وإمكان البينة عليها ، ونفي النسب عن الأب لا يعلم صدقه من كذبه فتلحقه المعرة في نفيه .

فصـــل [١١ - فيمن نفى رجلا من ولائه] :

ومن نفى رجلا من ولائه فهو كنفيه إياه من نسبه لقوله ﷺ : « الولاء لحمه كلحمة النسب » [٤] ، وقوله ﷺ : « مولى القوم منهم » [٥] وإذا وجب الحد في نفي النسب وجب في نفي الولاء ، وقال بعض شيوخنا فيها نظر ويجب أن لا يلزم الحد في نفي النسب وجوبه في نفي الولاء لأن نافيه كاذب لأن الولاء يثبت بالعتاقة وهى معلومة مشاهدة فنافيها كاذب ، وهو كنافي ولد الأم .

---

(١) انظر المدونة : ٤/٣٩٦.

(٢) في م : المقول .

(٣) حكما : سقطت من م .

(٤) أخرجه الحاكم : ٤/٣٤١ ، وقال صحيح الإسناد ، وابن حبان والطبراني والشافعي (نصب الراية : ٤/١٥٣) .

(٥) أخرجه البخاري في الفرائض باب مولى القوم من أنفسهم : ٨/١١ .

قال القاضي أبو محمد [1] : وفي هذا الذي قاله شيخنا نظر لأن العتاقة معلومة حكماً لا مشاهدة لأن العتاقة التي يثبت بها الولاء بإعتاقه الملك [2] وكون الإنسان مالكا [3] لمعتقه لا يعلم إلا حكماً لا مشاهدة وإذا شاهدناه قد أعتقه فإنما شاهدنا إعتاق من يحكم لكونه مملوكاً كالمعتقة وحكما لا قطعا ، وهذا كله إذا نفى المولى عن مولاه الذي باشر عتقه فأما إذا نفي ابن المولى فيجب أن يحكم لنفيه إياه من نسبه [4] لا لنفي الولاء ، وإنما قلنا إنه إذا رماه بالسرقة والقتل وغير ذلك فإنه يعزر لأنه لقد آذاه بذلك وألحق به المعرة بذلك الفعل فيجب ردعه وزجره .

فصل [١٢ - في التعزير] :

وليس في التعزير [5] حد مضروب إلا اجتهاد الإمام فيما يغلب على ظنه أنه ردع للمعزر خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما [6] لا يزاد على أربعين [7] وقول غيرهما ما (ينقص من الحد خمسة أسواط [8] ، لأنه إجماع الصحابة لأن عمر رضي الله عنه جلد معن بن زائدة [9]) [10] لما نقش على خاتم بيت المال

---

(١) قال القاضي أبو محمد : سقطت من م .

(٢) في م : قلت .

(٣) في م : المالك .

(٤) في ق : فيجب أن يحد لنفيه أباه عن نفسه .

(٥) التعزير : في اللغة : التعظيم والتوقير وأيضاً : التأديب وعزرت الحمار أوقرته (الصحاح :٢/ ٧٤٤) وفي الاصطلاح : عرفه ابن فرحون بقوله : تأديب اصطلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود (تبصرة الحكام : ٢/ ٢٠٠) .

(٦) انظر الكافي :٥٥٧ ، تبصرة الحكام : ٢/ ٢٠٠ ، الشرح الكبير : ٣٥٢/٤ .

(٧) انظر مختصر الطحاوي: ٢٦٨ ، شرح فتح القدير :٥/ ١١٥ ، المهذب : ٢/ ٢٨٨ .

(٨) هو أحد قولي الإمام أحمد (مختصر الخرقي : ١٢٧ ، المغني : ٨/ ٣٢٤) .

(٩) **معن بن زائدة** : أمير العرب أبو الوليد الشيباني ، أحد أبطال الإسلام وعين الأجواد ت ١٥٢ هـ (سير أعلام النبلاء :٧/ ٩٧، وفيات الأعيان : ٥/ ٢٤٤) .

(١٠) ما بين قوسين سقط من ق .

وأخذ به من صاحبه مالاً فضربه مائة وحبسه ثم كلم به فضربه مائة ثم كلم به ثالثة فقال ذكرتني الطعن وكنت ناسياً فضربه مائة [(١)] ، وروي عن علي [(٢)] رضي الله عنه أنه ضرب في التعزير خمساً وتسعين سوطاً [(٣)] ، ولأن الفرض بالحد لما كان الردع والزجر عن ارتكاب ما فعل وجب أن يباح منه قدر ما يحصل به الغرض ، ولأنه ضربٌ رآه الإمام محتاجاً إليه في ردع المعزر فجاز أن يبلغه أصله ما دون الحد .

فصل [١٣ - في التعريض بالقذف] :

إذا عرض بالقذف تعريضاً يفهم منه أنه أراده فعليه الحد وحكمه حكم الصريح، وذلك معلوم بشاهد الحال ومخارج الكلام والأسباب [(٤)] ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا حد فيه [(٥)] ، ودليلنا أنه لفظ يفهم منه القذف كالصريح ، إن كابروا وقالوا لا يفهم منه القذف فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف فيه إذا فهم منه ما يفهم من الصريح فإذا أحالوا ذلك ارتفع الخلاف .

فصل [١٤ - في عدد حد القذف] :

حد القذف على الحر ثمانون ، وعلى العبد أربعون ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [(٦)] ، ولأن ذلك فعل النبي ﷺ والصحابة بعده ، وعلى العبد أربعون لأن حده على النصف من حدالحر .

---

(١) معن لم يدرك عمر فكيف إذاً حصلت هذه القصة ؟ وقد ذكرها ابن قدامة في كتابه المغنى : ٨/ ٣٢٥ .

(٢) في م : عمر .

(٣) مشكل الآثار :٣/ /١٦٦،١٦٨ .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٣٩١ ، التفريع : ٢/ ٢٢٦ ، الرسالة : ٢٤٢ الكافي : ٥٧٦ .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ٢٦٥ ، الاقناع : ١٦٩-١٧٠ .

(٦) سورة النور ، الآية ٤ .

فصل [١٥ - في قتل من سب النبي ﷺ] :

ومن سب النبي ﷺ قتل ولم تقبل توبته ، وفي الكافر روايتان : إحداهما أن توبته لا تقبل ، والأخرى أنها تقبل وهذا إذا سبه بغير الوجه الذي كفر به [(١)] وإنما قلنا إن المسلم أو الكافر إذا سب النبي ﷺ قتل أن ذلك علم على ارتداده وقد قال ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » [(٢)] وقوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ﴾ [(٣)] فأخبر أن الإيمان لا يحصل منهم متى لم يحكموه بينهم ويعتقدوا أنه يحكم بالصواب ، ولأن أبا بكر رضوان الله عليه سبه رجل فقام رجل فشهر سيفه ليضرب عنقه فقال أبو بكر : ما الذي أنت صانع فقال أقتله لسبه إياك فقال : ليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ [(٤)] .

ولم يخالف عليه أحد ، ويعرض الكلام في قذفه ﷺ ، فنقول إن القذف يراعى فيه الإحصان وللإحصان تأثير فيه يتعلق به الحد فيجب أن يكون منه ما يتعلق به القتل أصله الزنا .

وقولنا يتعلق به الإحصان احترازاً من الشرب ، وإذا ثبت أن منه ما يوجب القتل فليس ذلك إلا للنبي ﷺ ، ولأن حد القذف مبني على حسب حرمة المقذوف ألا ترى أنه لا حد على قاذف الكافر لأنه لا حرمة له وكذلك قاذف العبد لنقصان حرمته عن الحر ، وحرمة النبي ﷺ أعظم من حرمة جميع أمته بمزية لا يشاركه فيها أحد منهم فوجب أن يكون لحد قذفه زيادة على غيره وليس إلا القتل .

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٣٢ ، الرسالة : ٢٤٠ ، الكافي ٥٨٥ .

(٢) سبق تخريج الحديث ص ١٣٦٢ .

(٣) سورة النساء : ٦٥ .

(٤) البيهقي : ٧/ ٦٠ .

فصـل [١٦ - في عدم قبول توبة من سب رسول الله ﷺ] :

وإنما قلنا إن توبته لا تقبل إعظاماً لحرمته ﷺ ولأن التوبة من قذف غيره لا تقبل في سقوط الحد ففي قذفه أولى .

فصـل [١٧ - هل يرفع القتل عن الكافر بإسلامه بعد سب الرسول ﷺ] :

ووجه قوله في الكافر إذا قال : أنا مسلم أنه يقتل ولا يقبل منه اعتباراً بالمسلم، ووجه قوله يقبل منه قوله تعالى : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ [١] ، وقوله ﷺ « الإسلام يجب ما قبله » [٢] ، ولأن ذلك ليس بأعظم من كفره ، والفرق بينه وبين المسلم أن الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك وإنما يقتل على إظهاره والمسلم يعلم منه اعتقاد تعظيمه ﷺ فسبه دلالة على ردته .

فصـل [١٨ - فيمن أقر بالزنا وقال بفلانة] :

إذا أقر بالزنا فإن عين وقال بفلانة وكان ممن يحد قاذفها : فإن صدقته حد للزنا دون القذف ، وإن أكذبته حد للزنا والقذف لأنه حصل قاذفا زانياً ، وسواء كان بكراً أو ثيبا فإنه يجتمع عليه الحدان ولا يتداخلان [٣] لأن أحدهما يجب لحق الله على التجريد وهو حد الزنا والآخر يتعلق بحق الآدميين فلذلك لم يتداخلان ، وقال أشهب يحد للزنا دون القذف ، قال : لأنه لا يخلو أن يكون صادقاً أو كاذباً ، فإن كان صادقاً لم يحد للقذف ، وإن كان كاذبا حد للقذف دون الزنا فعلى أي الوجهين كان فلا يجتمع عليه الحدان ، وقال شيخنا أبو بكر قد يزل [٤] إلى قسم ثالث وهو أن يكون مكرها لها على الزنا فيكن صادقا في إقراره على نفسه بالزنا كاذبا في قذفه إياها فيجتمع عليه الحدان .

---

(١) سورة الأنفال، الآية : ٣٨ .

(٢) سبق تخريج الحديث .

(٣) انظر المدونة : ٤/ ٣٨٤ ، التفريع : ٢/ ٢٢٢ ، الكافي : ٥٧٧ .

(٤) في م : يخلوا .

فصــل [١٩ - إذا لم يعين المقر بالزنا] :

وإذا لم يعين حد للزنا ولم يحد يالقذف للجهالة بصفة المقذوفة لجواز أن يكون ممن لا يحد على قاذفها .

فصــل [٢٠ - إذا مات المقذوف قبل أن يحد قاذفه] :

وإذا مات المقذوف قبل أن يحد قاذفه فلورثته أن يحدوه لأنه حق من حقوقه يجوز له التوكيل فيه فكان للورثة القيام له اعتبارا بسائر حقوقه ، ولأن القذف تنتشر معرته على أولياء المقذوف فكان لهم القيام به .

فصــل [٢١ - إذا قال لابن أمة أو كتابية يابن الزانية أو يا بن زنية] :

إذا قال لابن أمة أو كتابية يا بن الزانية فلا حد عليه ، فإن قال يا بن زنية [١] فعليه الحد [٢] ، والفصل بينهما أن قوله يابن زنية نفي له من نسبه وإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه ، وقوله يا بن الزانية قذف لأمه لا نفي لنسبه .

فصــل [٢٢ - إذا قال يا منبوذ] :

إذا قال له يا منبوذ فعليه الحد لأنه عرض له بنفي نسبه [٣] لأن المنبوذ منقطع النسب غير لاحق بأحد .

فصــل [٢٣ - في الاختلاف في كون حد القذف حق لله أو حق للآدميين] :

اختلف عنه في حد القذف هل هو من حقوق الله أو من حقوق الآدميين [٤] وفائدة ذلك أنه إذا كان من حقوق الله فلا يجوز العفو عنه بعد بلوغه إلى الإمام،

---

(١) في ق : زانية .

(٢) انظر التفريع : ٢/٢٢٦.

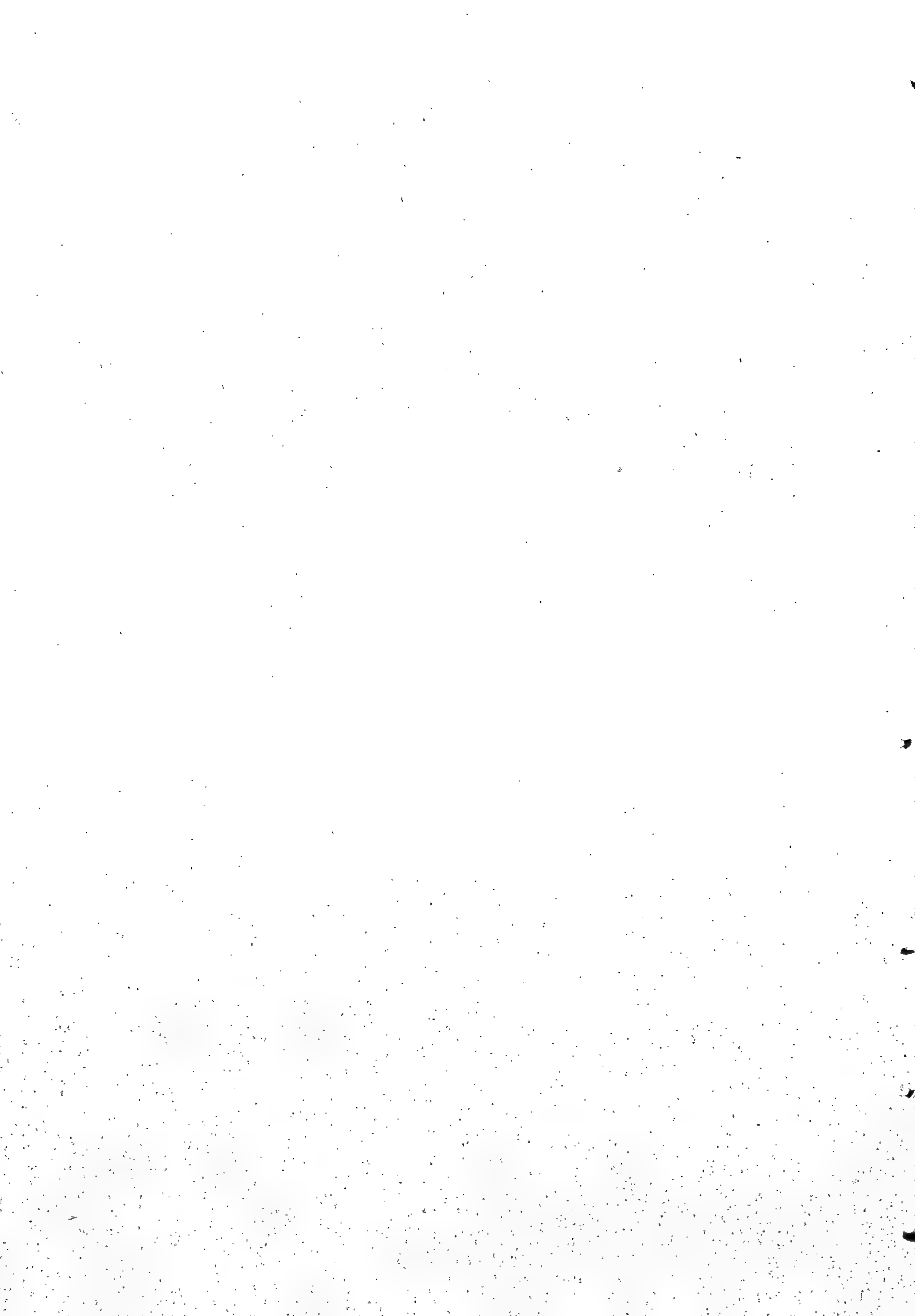
(٣) انظر الكافي : ٥٧٦ .

(٤) انظر المدونة : ٤/٣٨٧ ، الكافي : ٥٧٧ .

وإذا كان من حقوق الآدميين جاز العفو عنه ، والصحيح أنه من حقوق الآدميين بدليل أنه يورث عن المقذوف وحقوق الله لا تورث ، ولأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمي ، والله أعلم [1] .

* * *

(١) والله أعلم : سقطت من ق .



(بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على محمد) [١]

كتاب القطع [٢]

مسألة [١ - وجوب حد السرقة] :

قال القاضي أبو محمد [٣] : ويجب القطع على من يسرق من العقلاء البالغين ربع دينار من الذهب على اختلاف صفاته وأنواعه من جودة أو رداءة أو معمل أو مهمل [٤] ، أو ثلاثة دراهم من الورق على اختلاف أنواعها لا يقوم أحد الصنفين بالآخر ، أو عرض يساوي أحدهما بحيث يكون الغالب من نقده إذا أخرجه من حرزه الذي هو حرز مثله على ما نبينه من بعد ، حرا كان السارق أو عبدا ، مسلما كان أو كافرا ، ذكرا كان أو أنثى ، منفرداً أو مشاركاً بربع دينار فما زاد عليه ، إذا كان المسروق مما يحتاج إلى التعاون في سرقته مثل الجذع أو العدل[٥] الذي لا يمكن الانفراد بسرقته ، فإن كان مما يمكن الواحد كالكيس[٦]

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) يقصد كتاب القطع في السرقة : والسرقة : في اللغة أخذ الشيء في خفاء وستر (معجم مقاييس اللغة :٣/ ١٥٤) وفي الاصطلاح ، أخذ مكلف حرا لا يعقل لصغره ومالاً محترما لغيره أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لاشبهة له فيه (حدود ابن عرفة :٥٠٤).

(٣) قال القاضي أبو محمد : سقطت من ق .

(٤) في م : أو إهمال .

(٥) الجذع : أي الخشبه الكبيرة، والعدل- بكسر العين- الوزن الكبير (المصباح المنير٣٩٦).

(٦) في م : كالكبش .

وشبه فأخرجه الجماعة من حرز فالقطع على واحد منهم عند مالك، ومن متأخري أصحابنا من سوى بين الأمرين فأوجب في الموضعين القطع واعتبره بما يحتاج إلى التعاون [١] .

فصل [٢ - في أدلة وجوب القطع بالسرقة] :

وإنما أوجبنا القطع بالسرقة في الجملة لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [٢] الاية ، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم [٣] ، وقطع سارق رداء صفوان وقال لما قال له لم أرد هذا هو عليه صدقة (هلا قبل أن تأتيني به) [٤] ، ولأن ذلك إجماع [٥] .

فصل [٣ - اشتراط البلوغ والعقل في وجوب القطع] :

وإنما شرطنا البلوغ والعقل في وجوب القطع لقوله تعالى : ﴿ جزاء بما كسبا نكالاً من الله ﴾ [٦] وذلك لا يكون ألا بمكلف ، ومن شرط التكليف البلوغ والعقل ، ولقوله ﷺ: « رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم والمجنون

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ :٢/٨٣١ ، المدونة : ٤/٤١٢ التفريع : ٢/٢٢٧ ، الرسالة : ٢٤٣ ، الكافي :٥٧٨ ، المقدمات :٣/٢٠٧ .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٣٨ .

(٣) أخرجه البخاري في الحدود باب قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة ﴾ : ٨/١٧، ومسلم في الحدود باب حد السرقة ونصابها : ٣/١٣١٣ .

(٤) أخرجه أبو داود في الحدود باب من سرق من حرر :٤/٥٥٣ ، والنسائي في قطع السارق باب ما يكون حرزا وما لا يكون :٨/٦٩، وابن ماجة في الحدود باب من سرق من الحرز :٢/٨٦٥ ، وأحمد :٢/ ٤٠ ، والحاكم :٤/ ٣٨٠ ، والبيهقي :٨/ ٢٦٥ ، وصححه الحفاظ .

(٥) انظر الإجماع :١٣٩ ، المحلي : ١٣/ ٣٤٠ ، المغني : ٨/ ٢٤٠ ، شرح مسلم - للنووي - : ٧/ ٢٠٠ .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ٣٨ .

حتى يفيق »[1] ، ولأن ذلك حد من الحدود فلم يتوجه إلا على بالغ عاقل كحد الشرب والقذف .

فصل [٤ – في اشتراط النصاب في وجوب القطع] :

وإنما شرطنا النصاب خلافاً لمن أوجب القطع في سرقة القليل[2] والكثير[3] لما روي أنه ﷺ كان لا يقطع في التافه[4] وروي (القطع في ربع دينار فصاعدا)[5] .

فصل [٥ – في نصاب السرقة] :

وإنما قلنا إن النصاب من الذهب ربع دينار ، ومن الورق ثلاثة دراهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه لا يقطع في أقل من عشرة دراهم[6] ، لقوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[7] فعم ، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[8] ، وقالت عائشة كان النبي ﷺ يقطع في ربع دينار فصاعدا[9] ، (وروي القطع في ربع دينار[10])[11] وهذا نص .

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ٢٦ .

(٢) والكثير : سقطت من ق .

(٣) فإن الحسن وداود وابن بنت الشافعي والخوراج قالوا يقطع في القليل والكثير (المغني: ٨/ ٢٤٢) .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٢٤٧ ص .

(٥) أخرجه البخاري في الحدود باب قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة ﴾ : ٨/ ١٧ ، ومسلم في الحدود باب حد السرقة ونصابها :٣/ ١٣١٣ .

(٦) انظر مختصر الطحاوي : ٢٦٩ ، مختصر القدوري مع شرحك الميداني :٣/ ٢٠٠ .

(٧) سورة المائدة . الآية : ٣٨ .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٩) سبق تخريج الحديث قريباً .

(١٠) سبق تخريج الحديث قريباً .

(١١) ما بين قوسين سقط من ق .

فصل [٦ - في نصاب السرقة من الورق] :

وإنما قلنا إن النصاب من الورق ثلاثة دراهم كانت قيمتها ربع دينار أو أقل لأنه لا يقوم الذهب بالفضة ولا الفضة بالذهب ، خلافاً للشافعي في قوله إنه لا نصاب للفضة وأن الاعتبار بربع دينار أو قيمته من الفضة أو العروض [(١)] ، لقوله تعالى: ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [(٢)] ، فالظاهر يعم من سرق ثلاثة دراهم قيمتها دون الربع ، ويرى أنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[(٣)]، وهذا يفيد الاعتبار بالدراهم إذا بلغت هذا القدر ، ولأنه أصل مال يعتبر في الأثمان وقيم المتلفات فوجب أن تكون سرقته معتبرة بمقداره في نفسه دون الاعتبار بغيره أصله الذهب ، ولأن كل حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الذهب وجب أن يعتبر فيه نصاب من الورق أصله الزكاة [(٤)].

فصل [٧ - في نصاب السرقة من العروض] :

فأما العروض فإنها مقومة بالدراهم دون الذهب فإن ساوى ما سرق منها [(٥)] ثلاثة دراهم قطع سارقه ، وكان شيخنا أبو بكر يقول هذا إذا كان الغالب من نقد ذلك الموضع الفضه [(٦)] فإذا كان غالب نقدهم الذهب قومت بالذهب.

فصل [٨ - في التسوية بين أنواع الجنس في نصاب السرقة] :

وإنما سوينا بين أنواع الجنس لعموم الظواهر ، ولأن كل حكم تعلق بالذهب والفضة اعتبر فيه نصاب يتساوى فيه سائر أنواعه كالزكاة .

---

(١) انظر الأم : ٦/ ١٣٠ ، مختصر المزني :٢٦٣ ، الإقناع :١٧١ .

(٢) سورة المائدة ، الآية :٣٨ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) في م : كالزكاة .

(٥) في م : منه .

(٦) في م : إذا كان غالب نقدهم الدراهم .

فصـل [٩ - في اعتبار الحرز في حد القطع] :

وإنما اعتبرنا أن يسرق من الحرز خلافاً ، لمن حكي عنه أن الحرز غير معتبر[١] ، لقوله ﷺ : « لا قطع في تمر معلق ولا في حريسة جبل[٢] ، فإذا أواه المراح والجرين[٣] فالقطع فيما بلغ ثمن المجن)[٤] ففرق بين أن تكون محرزة بإيوائها[٥] إلى المراح وبين أن تبقى على أصلها في باب القطع فدل على أعتبار الحرز ، وقوله « ليس على المنتهب قطع ولا على مختلس ولا على خائن ولا على من أخذ وديعة عنده أو مال قراض فلا قطع عليه)[٦] لأنه لم يمنع منه بحرز[٧] فكذلك من أخذ في دار غير مقفلة[٨] ولا ممنوعة عنه ولا عن غيره.

فصـل [١٠ - في مراعاة إخراج المال من الحرز في اعتبار الحد] :

وإنما راعينا إخراجه من الحرز لأنه ما دام في الحرز فلم (تتم السرقة لأن هتك الحرز لا يتم إلا)[٩] بإخراج المسروق منه .

---

(١) حكي هذا القول عن عائشة والحسن والنخعي وداود (المغني : ٢٤٨/٨) .

(٢) ثمر معلق : بالنخل والشجر وحريسه : أي ليس فيما يحرس بالجبل إذا سرق قطع (النهاية : ١/١٣٦٧) .

(٣) المراح : هو موضع مبيت الغنم ، والجرين : هو موضع يجفف فيه الثمار والجمع جرن (النهاية : ١/٢٦٣) .

(٤) أخرجه أبو داود باب ما لا يقطع فيه :٥٤٩/٤ ، والنسائى في قطع السارق باب الثمر يسرق : ٧٨/٨ ، وابن ماجه في الحدود باب من سرق من الحرز : ٨٦٥/٢ ، والحاكم : ٣٨١/٤ ، والبيهقي : ٢٦٣/٨ ، وأخرجه مالك في موطئه مرسلا : ٨٣١/٢.

(٥) في م : بأنواعها .

(٦) أخرجه أبو داود في الحدود باب القطع في الخلسة :٥٥٢/٢ ، والنسائى في قطع السارق باب ما لا قطع فيه : ٨١/٨ ، وابن ماجه في الحدود باب الخائن والمنتهب : ٨٦٤/٢ ، والترمذي في حدود باب ما جاء في الخائن ... وقال حسن صحيح : ٤٢/٤ .

(٧) في ق : يجوز .

(٨) في م و ر متعلقة .

(٩) ما بين القوسين سقط من (ق) .

فصل [١١ - في التسوية بين الرجل والمرأة ، و الحر والعبد ، والمسلم والكافر في حد القطع] :

وإنما سوينا بين الرجل والمرأة ، والحر والعبد ، والمسلم والكافر لعموم الظواهر (١) ، ولأن القطع شرع لحفظ الأموال وصيانتها ولم يعتبر فيه تكافؤ الدماء بين السارق والمسروق منه فوجب اعتبار عمومه لأنه ضرب من حد الحرابة بدليل أن المسلم إذا سرق من الكافر وإن كان لا يقاد به إذا قتله في الحرابة وإن كان لا يقاد به وإنه لا عفو فيه كما لا عفو للولي في قتل الحرابة قبل التوبة .

فصل [١٢ - في كون الاشتراك في سرقة نصاب لا يسقط القطع] :

وإنما قلنا إن الاشتراك في سرقة النصاب لا يسقط القطع خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٢) ، لعموم الظواهر والخبر ، ولأن القطع شرع لصيانة الأموال لئلا تهتك ويجترأ عليها كالقصاص المشروع لحفظ النفوس ثم كان الاشتراك في القتل لا يمنع القود لأن في منعه إبطال الغرض الذي وضع له كذلك الاشتراك ، ولأن الجناية (٣) التي تستحق بها تناول الأعضاء يجب (٤) على الجماعة إذا اشتركوا فيها ما يجب على المنفرد أصله الجماعة إذا قطعت يد رجل أو عضوا من غير اليد ، ولأن اشتراكهم في إخراج المسروق من الحرز يقتضي قطع الجميع بدليل أنهم لو سرقوا متاعاً فجعلوه على دابة إلى خارج الحرز لقطعوا .

---

(١) من الآيات والأحاديث الواردة في حد القطع .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٢٧٠ ، الإقناع - للماوردي : ١٧٢ .

(٣) في م و ر : الجنايات .

(٤) يجب : سقطت من م .

فصل [١٣ - في التفريق بين ما لا يمكن إخراجه إلا بمعاونة وبين الثوب وغيره] :

وإنما فرقنا بين ما لا يمكن إخراجه إلا بمعاونة وبين الثوب وغيره مما لا يحتاج إلى معاونة لأن نسبته السرقة إلى الجميع فيقتضي أن يكون لكل واحد منهم قسط فيها وذلك لا يحصل إلا بالتعاون الذي لولاه لم يخرج المسروق من الحرز ، ووجه التسوية في إخراجه من الحرز حاصل منهم كالذي يحتاج إلى معاونة .

فصل [١٤ - في الإعتبار بقيمة العرض المسروق وقت إخراجه]

والاعتبار بقيمة العرض المسروق وقت إخراجه من الحرز لا وقت القطع[١] خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن الاعتبار بكمال النصاب وقت القطع[٢] لعموم الظاهر [٣] ، ولأن النقص الحادث بعد انفصال المسروق من الحرز لا يؤثر في سقوط الحرز أصله نقصان العين مثل أن يسرق ثوبا فيتلف بعضه[٤] في القطع فرجع إلى ما دون النصاب ، ولأنه سارق لنصاب من حرز مثله لا شبهة فيه أصله إذا لم ينقص القيمة ، والاعتبار في الحدود حال الوجوب دون حال الاستيفاء ، كالعبد إذا زنى فلم يحد حتى أعتق والبكر إذا زنى فلم يحد حتى أحصن .

فصل [١٥ - في عدم قطع من سرق عبدا كبيراً فصيحا] :

إذا سرق عبدا كبيراً فصيحا لم يقطع [٥] لأن سرقة هذا لا تصح فإن كان

---

(١) انظر المدونة :٤/٤١٢ ، التفريع :٢/٢٢٧ ، الكافي :٥٨١ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي :٢٧٣ ، تحفة الفقهاء :٣/ ١٥٠ .

(٣) في م : الظواهر .

(٤) في نصفه .

(٥) انظر التفريع :٢/٢٢٨ ، الكافي : ٥٨٠ .

كبيراً أعجمياً أو كان صغيرا قطع لأن هذا في حكم البهيمة وأدون حالا من الصغير الذي لا اختيار له ولا تمييز .

فصـل [١٦ - في قطع من سرق حرا صغيرا] :

إذا سرق حرا صغيرا قطع عند مالك وقال عبد الملك لا قطع عليه [١] وهو قول أبي حنيفة والشافعي [٢] ودليلنا ما روي أنه ﷺ ذكر له أن رجلاً يسرق الصبيان فأمر بقطعه [٣] ، ولأنه حيوان غير مميز سرق من حرز مثله يجب بذله عند الإتلاف كالبهيمة .

فصـل [١٧ - في قطع من سرق طعاما رطبا ويابساً أو مصحفاً وغيره من المتمولات] :

ويقطع في سرقة الطعام الرطب واليابس من الفواكه والبطيخ وغيره كالقثاء ، والتفاح واللحم [٤] مطبوخاً ونيئا [٥] خلافاً لأبي حنيفة في إسقاطه القطع بسرقة رطب الطعام [٦] ، للظاهر والخبر ، وقوله : (لا قطع في تمر معلق فإذا أواه الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن) [٧] ، ولأنه مال [٨] متملك كاليابس ، ولأن القطع يراد للردع والزجر والرطب أحوج إلى هذا من اليابس .

ويقطع في سرقة المصحف [٩] خلافاً لأبي حنيفة [١٠] ، للظاهر والخبر ،

---

(١) انظر الموطأ :٨٣٨/٢ ، الكافي :٥٨٠ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي :٢٧٣ ، مختصر المزني :٢٦٤ .

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلي :٣٦٩/١٣ والبيهقي في سننه :٢٦٨/٨ .

(٤) في م : دون اللحم .

(٥) انظر المدونة :٤١٨/٤ ، التفريع :٢٢٨/٢ ، الكافي:٥٧٩.

(٦) انظر مختصر الطحاوي :٢٧٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٢٠٣/٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث ص ١٤١٧ .

(٨) مال : سقطت من ق .

(٩) انظر المدونة :٤١٨/٤ .

(١٠) انظر مختصر الطحاوي: ٢٧٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٢٠٣/٣.

ولأن كل ما جاز بيعه (وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع في سرقته كسائر الأموال، ويقطع في سرقة جميع المتمولات التي يجوز بيعها)[1] وأخذ العوض عليها : كان أصلها مباحاً كالماء والصيد والتراب والحشيش ، أو محظوراً غير مباح كالثياب والعقار ونحوه[2] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن كل ما أصله مباحاً فلا قطع في سرقته[3] ، للظاهر والخبر ، ولأنه نوع من مال يتمول في العادة كالثياب ، ولأن أصله مباحاً[4] لا يمنع القطع في سرقته كالعبيد أصلهم الإباحة لأنهم مباح لمن شاء أن يسرقهم من دار الحرب ويسترقهم[5] .

فصل [١٨ - في قطع النباش] :

يقطع النباش[6] إذا سرق من القبر كفنا يساوي نصاباً[7] خلافاً لأبي حنيفة[8] للظاهر والخبر ، ولأنه سارق للنصاب من مال لا شبهة له فيه من حرز مثله فيلزمه[9] القطع كسائر السراق ، ولأن سقوط القطع لا يخلو أن يكون لعدم الملك أو الحرز أو لعدم الخصومة ، ولا يجوز أن يكون لعدم الملك لأن الملك ثابت على الكفن إما للميت أو لورثته ، ولا لعدم الحرز لأن القبر حرز للميت ولكفنه ، ولأن حرز كل شيء ما جرت العادة به ومن دفن ميتاً بكفنه

---

(١) ما بين قوسين سقطت من ق .

(٢) انظر المدونة :٤/٤١٨ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي :٢٧٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٣/٢٠٣ .

(٤) في ق : كون الأبوحة .

(٥) في م : ويسرقهم .

(٦) النباش : سمي كذلك لأنه ينبش القبر ليسرق كفن الميت .

(٧) انظر الموطأ :٢/٨٣٨ ، التفريع :٢/٢٢٨ ، الكافي :٥٨٠ .

(٨) انظر مختصر الطحاوي :٢٧٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٣/٢٠٥ .

(٩) في م : فلزمه .

وسد القبر لم ينسبه أحد إلى إضاعة الكفن ولا [1] إلى تفريط فيه ، ولا لعدم الخصومة (لأنها واجبة للورثة أو الإمام إذا لم تبق جهة لسقوط القطع فثبت وجوبه) [2] .

فصل [١٩ - في قطع من سرق من المغنم ومن بيت المال] :

ويقطع من سرق من المغنم ومن بيت المال خلافا لعبد الملك في قوله إنه من سرق زيادة على قدر نصيبه بربع دينار قطع وإلا فلا قطع عليه [3] ، ووجه إيجاب القطع الظاهر والخبر ، ولأنه سرق مالا من حرز لا شبهة له في عينه كغير المغنم ، ولأن كل مال تقبل شهادته فيه جاز أن يقطع في السرقة منه كمال الأجنبي ، ووجه إسقاطه حصول الشبهة له فيه كالأب يسرق من مال ابنه .

فصل [٢٠ - في عدم القطع في ثمر معلق ولا نخل ولا شجر ولا حريسة جبل] :

لا قطع في ثمر معلق ولا نخل ولا شجر ولا حريسة جبل إلا إذا أواه الجرين أو المراح قطع في سرقته [4] ، والأصل فيه قوله ﷺ : « لا يقطع في ثمر ولا كثر » [5] والكثر الجمار [6] معناه في رؤوس النخل والشجر لأنه لم يضعه فيه كمن يقصد إلى إحرازه فيه وإنما هو بوضع الله تعالى ، فإذا أواه إلى الجرين ففيه القطع لأنه أحرزه في حرز مثله ، والغنم في الرعي كذلك أيضاً لا قطع فيها لأنها منتشرة [7] في غير حرز فإذا أواها المراح حصلت حينئذ محرزة .

---

(١) لا : سقطت من ق .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) انظر التفريع :٢/٢٢٨ ، الرسالة : ٢٤٤ ، الكافي :٥٧٩ .

(٤) انظر التفريع :٢/٢٢٨ ، الرسالة : ٢٤٤، الكافي : ٥٧٩ .

(٥) أخرجه أبو داود في الحدود باب ما لا قطع فيه : ٤/٥٤٩ ، والنسائي في قطع السارق باب ما لا قطع فيه :٨/٧٨ ، وابن ماجه في الحدود باب لا يقطع في ثمر ولا كثر: ٢/٨٦٥ ، والترمذي في الحدود باب لا قطع في ثمر وقال حديث حسن : ٤/٥٢.

(٦) والكثر الجمار : سقط من م ومن ر .

(٧) في م : متسيرة .

فصـل [٢١ - من سرق داراً فيها منازل متفرقة] :

ومن دخل داراً فيها منازل متفرقة لقوم منزل كل واحد مغلق عن منزل الآخر فسرق من بعضها شيئاً وأخرجه إلي ساحة الدار فعليه القطع [١] لأنه قد أخرجه من حرزه ولأن من حرزه البيت الذي هو فيه ويغلق بابه عليه [٢] دون ساحة الدار فإن كانت الدار لواحد فلا قطع عليه حتى يخرج به من جميعها لأن جملتها حرزاً لما يكون فيها ، فإذا أخرجه إلى ساحتها كان [٣] كمن نقله من موضع من الحرز[٤] إلى موضع منه آخر فلا قطع عليه .

فصـل [٢٢ - المراعاة في القطع إخراج الشيء المسروق من الحرز] :

المراعاة [٥] في القطع إخراج الشيء المسروق من الحرز فمن باشر ذلك قطع كان هو خارج الحرز أو داخله ، فلو اجتمع سارقان أحدهما خارج الحرز والآخر داخله فقرب الداخل المتاع إلى موضع النقب داخل الحرز فإن أدخل الخارج يده فأخرجه فعلى الخارج القطع لأنه هو المخرج له دون الداخل ، وقد قيل [٦] لا قطع عليه لأنه لم يكن منه إخراج في الحقيقة لأنه كان في حكم المخرج بتقريبه إلى باب النقب [٧] فصار كالمخرج من غير حرز ، فإذا لم يجب عليه[٨] لم يجب على الداخل لأنه في الحقيقة لم يخرجه[٩] من الحرز وإنما عرضه

(١) انظر المدونة : ٤/ ٤١٥ ، التفريع :٢/ ٢٢٩ ، الرسالة : ٢٤٣ ، الكافي :٥٨١ .
(٢) في م : وتعلق بأنه عليه .
(٣) كان : سقطت من م .
(٤) من الحرز : سقطت من ق .
(٥) في م : المراعى .
(٦) في م و ر : قال .
(٧) في م : الثقب .
(٨) لم يجب عليه : سقطت من ق .
(٩) في ق : لم خرج به .

للإتلاف والإخراج ، والقياس أن القطع على الخارج لأنه باشر إخراج المسروق من الحرز .

وإن أخرج الداخل المتاع بيده أو برميه إلى خارج الحرز فعليه القطع لأن الخارج لم يكن له صنع في إخراجه من الحرز ، وقال شيخنا أبو القاسم رحمه الله والداخل إذا قرب المتاع إلى النقب [(١)] ولم يخرجه يحتمل أن لا يقطع لأنه نقل المتاع من موضع الحرز إلى موضع آخر ولم يباشر إخراجه من جملة الحرز [(٢)] ، ويحتمل أن يقطع لأن الخارج لم يتمكن بإخراج السرقة إلا بتقريب الداخل لها إليه فوجب أن يقطعا جميعا لأنهما اشتركا في إخراج السرقة من حرزها [(٣)] .

فصـــل [٢٣ - اليد التى تقطع في أول السرقة] :

ويقطع في أول السرقة اليد اليمنى من الكوع ويحسم بالنار فتكوى ، ثم في الثانية الرجل اليسرى من الكعب ، ثم في الثالثة اليد اليسرى من الكوع ، ثم في الرابعة الرجل اليمنى ثم فيما بعد ذلك الضرب والحبس ، واختلف فيه إذا لم يكن له يمين أو كانت شلاء : قيل يقطع رجله اليسرى وقيل بل يده اليسرى ، وإذا ذهبت أصابع من اليد فإن كان الباقى أكثر قطعت ، وإن لم يبق إلا أصبع أوأصبعان عدل إلى الرجل [(٤)] .

فصـــل [٢٤ - في كون القطع من الكوع] :

وإنما أوجبنا القطع من الكوع خلافاً لمن يقول من الأصابع أو الأبط [(٥)] لقوله تعالى : ﴿ اقطعوا أيديهما ﴾ [(٦)] والأخذ بأوائل الأسماء واجب ، ومن

---

(١) في م : الثقب .

(٢) جمبة الحرز : سقطت من م .

(٣) انظر المدونة :٤/٤١٤، التفريع : ٢/٢٢٩ ، الرسالة : ٢٤٣ ، الكافي : ٥٨١ .

(٤) انظر التفريع : ٢/٢٢٧ ، الرسالة :٢٤٣ ، الكافي :٥٨١-٥٨٣ .

(٥) قالت الخوارج قطع اليد من المرفق أو المنكب (انظر المحلى :١٣/٤٠٤) .

(٦) سورة المائدة ، الآية :٣٨ .

قطع من الكوع سمى مقطوع اليد ولا يسمى بذلك من قطعت أصابعه ، ولأن النبي ﷺ فعل ذلك هو والسلف بعده .

فصل [٢٥ - في كون القطع في الثانية يسرى] :

وإنما قلنا يقطع في الثانية يسرى رجليه لقوله ﷺ : « إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » [(١)] وهذا نص وروي أنه ﷺ : « أوتي بسارق فقطع يده ثم أوتي به ثانية قطع رجله [(٢)] ، ولأن ذلك مروي عن أبي بكر وعمر وعلي رضوان الله عليهم [(٣)] .

فصل [٢٦ - ويقطع في الثالثة والرابعة] :

وإنما يقطع في الثالثة والرابعة خلافاً لأبي حنيفة في في قوله لا يقطع [(٤)] لقوله الله عز وجل ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [(٥)] ولم يخص يمنى من شمال ، وقد قال ﷺ : « إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله) [(٦)] ولأن كل يد تؤخذ قصاصا فلها مدخل في قطع السرقة كاليمنى ، ولأنه سرقة مع وجود بعض [(٧)] الأطراف جاز أن يجب القطع فيها كالأولى والثانية ، وفعله أبو بكر رضي الله عنه[(٨)] ولا مخالف له .

---

(١) أخرجه الدارقطني : ٣/ ١٨١ ، وفي إسناده الواقدي (انظر تلخيص الحبير : ٤/ ١٦٨) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق : ١٠/ ٢٣٩ ، وابن أبي شيبة :٩/ ٥١١ ، والبيهقي : ٨/ ٢٧٣ وقال : هو مرسل بإسناد صحيح .

(٣) انظر البيهقي :٨/ ٣٧٤ ، عبد الرزاق : ١٠/ ١٨٦ ، المحلي : ١١/ ٣٥٥.

(٤) مختصر القدوري مع شرح الميداني :٣/ ٢٠٨ .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٣٨ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) في م : نقص .

(٨) انظر البيهقي : ٨/ ٣٨٤ ، عبد الرزاق : ١٠/ ١٨٦ .

فصـل [٢٧ - في ضرب وحبس من سرق في الخامسة] :

وإنما قلنا في الخامسة إنه يضرب ويحبس لأن الشرع لم يرد بقطع شيء في السرقة سوى الأطراف الأربعة فلم يبق إلا تأديبه بالضرب والحبس ولا يجوز قتله خلافاً لمن حكي عنه ذلك [(١)] ، لأن السارق لا يجب قتله كسارق الأولى والثانية.

فصـل [٢٨ - في حسم اليد المقطوعة] :

وإنما قلنا تحسم بالنار وتكوى لأنها إن تركت تعدى ضررها إلى المرفق وربما أتت على النفس وليس الغرض إلا إبانتها فقط فوجب أن يقتصر على ذلك .

فصـل [٢٩ - في وجه أنه يقطع اليسرى إن عدم اليمنى ..] :

ووجه القول بأنه إذا لم يكن له يمنى أنه يقطع الرجل اليسرى إن عدم اليمنى من اليدين يوجب قطع اليسرى من الرجلين أصله إذا قطعت في السرقة ، ووجه الأخرى أن اليد باليد أشبه بها من [(٢)] الرجل وأولى أن تقوم مقامها ويؤخذ بها والأول أقيس .

فصـل [٣٠ - في عدم قطع اليد الشلاء] :

وإنما قلنا إن الشلاء لا تقطع لأن الغرض بالقطع إبانة منفعتها والشلاء معدومة المنفعة ، ولأنه قطع واجب في طرف يراد به تفويت [(٣)] منفعته فلا يؤخذ إذا لم يكن فيه منفعة كالقصاص .

فصـل [٣١ - في ذهاب الأصبع من اليد] :

وإنما قلنا في ذهاب الأصبع ما قلناه لأن بقاء الأكثر يبقى معه أكثر المنافع فكان كذهاب الجميع .

---

(١) حكى هذا القول عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز (المغنى : ٨/ ٢٦٤) .

(٢) لها من : سقطت من ق .

(٣) في ق : ترفية .

فصـل [٣٢ - في عدم قطع الأبِ إذا سرق الأبوان من مال الولد] :

إذا سرق الأبوان من مال الولد لم يقطعا لأن لهما شبهة في ماله [١] بدليل قوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » [٢] ، ولأنه لا يحد إذا زنى بأمته ولا يجوز له نكاحها ، ولوجوب النفقة عليه في إعساره ، وحكم الأجداد والجدات حكم الأبوين دنيا [٣] لقوة أمر الولادة .

فصـل [٣٣ - في قطع الولد إذا سرق من مال الأبوين] :

وإذا سرق الولد من مالهم قطع خلافاً للشافعي [٤] للظاهر والخبر ولأنه لا شبهة له في مال أبيه وأمه كالأجنبي بدليل عكس ماذكرناه .

فصـل [٣٤ - في قطع من سرق من الأخوة والعمومة والأخوال وغيرهم] :

ومن عدى عمود النسب الأعلى من الولادة يقطع في سرقته من مال نسبه [٥] كالأخوة والعمومة والأخوال وغيرهم [٦] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقطع في السرقة من ذى رحم محرم [٧] ،للظاهر والخبر ، ولأنها قرابة لا يقتضي شبهة للسارق في مال المسروق منه كبني العمومة .

فصـل [٣٥ - في كون الزوجية لا تمنع القطع في السرقة] :

الزوجية لا تمنع القطع في سرقة أحدهما من الآخر خلافاً لأبي حنيفة وأحد

---

(١) انظر الموطأ :٢/٨٣٧ - ٨٣٨ ، الكافي : ٥٧٨ .

(٢) سبق تخريج الحديث ص ٨٠١ .

(٣) دنيا : سقطت من م .

(٤) انظر الأم :٦/١٥١ ، مختصر المزنى :٢٦٥ ، الإقناع :١٧٢ .

(٥) في م : نسيبه .

(٦) انظر الموطأ : ٢/٨٣٨ ، الكافي ٥٧٨ .

(٧) انظر مختصر الطحاوي : ٢٧٠ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٣/٢٠٥ .

قولي الشافعي [١] للظاهر والخبر ، ولأن الزوجية لا تقتضي شبهة في مال ولا شركة فيه لأنه عقد على المنافع كالأجير .

فصل [٣٦ - إذا سرق متاعا كان قد قطع في سرقته أولا] :

إذا سرق متاعا فقطع فيه ثم سرقه ثانية قطع أيضاً خلافاً لأبي حنيفة [٢] لأنه حد يجب بإيقاع فعل في عين فجاز أن يتكرر بتكرار الفعل بها أصله إذا زنى حد ثم زنى بها ثانية .

فصل [٣٧ - إذا أقر بسرقة ثم رجع إلى شبهة] :

إذا أقر السرقة ثم رجع إلي شبهة سقط عنه القطع ولزمه الغرم [٣] لأن القطع حق لله يلزم [٤] بالثبوت على الإقرار به ويسقط بالرجوع عنه ، والغرم حق لآدمي لا يسقط بالرجوع عنه ، وإن أكذب نفسه فعلى روايتان وقد ذكرناه في الزنا ، وهذا في القطع وأما الغرم فلا يسقط على أي وجه رجع .

فصل [٣٨ - إذا قطع السارق ثم وجد الشيء المسروق عنده] :

إذا قطع السارق ثم وجد الشيء المسروق عنده لزمه رده إلي مالكه [٥] لأنه باق على ملكه لم يخرج عنه بقطع سارقه ، ولأن القطع ليس ببدل من العين المسروقة ولا بعوض منها وإنما هو لانتهاك حرمة الحرز .

فصل [٣٩ - إذا تلف المسروق وله مال غرمه] :

وإن تلفت عنده وله مال غرمها ، وإن لم يكن له مال لم يتبع بها [٦] ، وقال

---

(١) انظر مختصر القدروى مع شرح الميداني :٣/٢٠٥ ، الأم :٦/١٥١ .

(٢) مختصر الطحاوي : ٢٧١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٣/٢٠٩ .

(٣) انظر المدونة :٤/٤٢٦ ، ٤٢٨ ، التفريع :٢/ ٢٣٠ ، الكافي : ٥٨٠ .

(٤) في م : يلزمه .

(٥) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٠ ، الرسالة :٢٤٤ ، الكافي :٥٨٢ .

(٦) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٠ ، الرسالة :٢٤٤ ، الكافي :٥٨٢ .

الشافعي يتبع بها دينا في ذمته كالغصب [١] ، وقال أبو حنيفة المالك بالخيار إن، شاء قطع ولم يتبعه بالغرم وإن شاء غرمه [٢] ولم يقطعه ، ولا يستحق على السارق الجمع بين القطع والغرم [٣] فدليلنا على الشافعي في أنه لا يتبع في اعتباره [٤] قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [٥] ولم يوجب سوي ذلك ، وروى عبد الرحمن بن عوف قال : قال رسول الله ﷺ : « وإذا أقيم على السارق الحد لا غرم عليه » [٦] ، ولأن إتلاف المال لا يجب به عقوبتان ، والقطع عقوبة فلا تجب عليه عقوبة أخرى .

فصل [٤٠ - في الدليل على أبي حنيفة في وجوب القطع مع اليسار] :

ودليلنا على أبي حنيفة في وجوب القطع مع اليسار أن السبب الموجب للقطع غير السبب الموجب للغرم لأن القيمة تجب لأجل الاتلاف والقطع لحق الله تعالى وهو إخراج المال المسروق ، وإذا كان كذلك لم يتنافيا وكان كالمحرم يتلف صيدا مملوكا فيلزمه الجزاء والقيمة ، وقال بعض شيوخنا إن أخذ القيمة مع القطع استحسان والقياس ألا يلزم شيئا لأنه لو لزمه غرمها مع اليسار لزمه ذلك في ذمته مع الإعسار ، وإنما استحسنوا ذلك لجواز أن يكون قد أخذ لها بدلا وثمنا فاختلط بماله .

---

(١) انظر الأم : ٦/ ١٥١ ، المزني :٢٦٤ ، الإقناع :١٧٢ .

(٢) في م : ابتعه .

(٣) انظر مختصر الطحاوي :٢٦٩ -٢٧٠ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٣/ ٢٠٩ .

(٤) في م : الاعسار .

(٥) سورة المائدة ، الآية :٣٨ .

(٦) أخرجه النسائي في قطع السارق باب تعليق يد السارق في عنقه :٨/ ٨٥ ، وهو حديث مضعف عند أهل الحديث لأنه مقطوع وقد وصله بعضهم وقال النسائي هذا مرسل وليس بثابت :٨/ ٨٥ .

(قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه) [1] والفرق بين هذا وبين قول [2] أبي حنيفة أن عند أبي حنيفة يسقط القطع إذا اختار المالك إغرامه وعندنا لا يسقط بوجه ، وهذا كله إذا كان المسروق نصابا يقطع فيه فأما إن كان دونه فالغرم واجب مع العسر واليسر لأنه ليس فيه قطع ولا اجتماع عقوبتين .

فصـل [٤١ - فيمن سرق من حلي الكعبة ومن قناديل المسجد] :

ومن سرق من حلي الكعبة فلا قطع عليه وكذلك من قناديل المسجد وآلته لأن ذلك غير محرز فيه [3] لأن دخوله مباح مأذون فيه ،ومن أصحابنا من يقول إن كان ذلك [4] نهاراً فلا قطع وإن كان ليلا وقد أغلقت أبواب [1] المسجد قطع لأن بإغلاق المسجد يصير ما فيه محرزاً فسارقه سارق من حرز فيلزمه القطع .

فصـل [٤٢ - إذا سرق حليا من صبى] :

إذا سرق حليا من صبي : فإن كان معه من يحفظه قطع لأن حفظ الحافظ له حرز للحلي ولما عليه ، وإن كان مخلى فلا قطع عليه [7] لأن الصبي ليس بحرز لما معه ، وإن كابره فلا قطع عليه كان معه حافظ أولا لأن ذلك غصب وليس بسرقة .

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) قول : سقطت من ق .

(٣) انظر التفريع :٢/ ٢٣٠ ، الرسالة :٢٤٣ ، الكافي : ٥٨٠ .

(٤) في م : عنه .

(٥) ذلك : سقطت من م .

(٦) أبواب : سقطت من م .

(٧) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٠ ، الكافي : ٥٨٠ .

فصـل [٤٣ - في قطع الآبق بسرقته] :

ويقطع الآبق إذا سرق من غير سيده [١] خلافاً لبعضهم [٢] ، للظاهر والخبر، ولأنه مكلف سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه كغير الآبق .

فصـل [٤٤ - في عدم قطع العبد إذا سرق من مال سيده] :

ولا يقطع العبد إذا سرق من مال سيده ، وكذلك المدبر والمكاتب وأم الولد[٣] لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه عبد سرق من مال سيده فقال عبدكم سرق متاعكم لا قطع عليه [٤] ، ولأن القطع معلق بالضمان فلما لم يضمن العبد ما استهلك من مال سيده لم يقطع في سرقته ، ولأن القطع شرع صيانة للأموال وحفظاً لها فلو قطعنا العبد في سرقته من مال سيده كنا قد أتلفنا ماله وذلك ضد حفظه .

فصـل [٤٥ - إذا سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها] :

وإن سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها من موضع قد أحرز عنه ولم يؤذن له في دخوله فعليه القطع [٥] لأن حكم عبيدهم حكم ساداتهم فلما كان أحد الزوجين يقطع فيما سرقه من مال [٦] الآخر من موضع قد أحرز عنه وأغلق دونه فكذلك يجب قطع عبده إذا سرق منه ، ولأن كل ما يقطع فيه الإنسان يقطع يد عبده فيه وكل ما لا قطع للإنسان فيه فلا يقطع عبده فيه .

---

(١) انظر الموطأ :٢/ ٨٣٣-٨٣٤ .

(٢) قال مروان وسعيد بن العاصي وأبو حنيفة لا يقطع (المغني : ٨/ ٢٦٨) .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٠ ، الكافي : ٥٧٨ .

(٤) البيهقي :٨/ ٢٨٢ ، الموطأ : ٢/ ٨٤٨ ، الخراج لأبي يوسف :٢٠٥ .

(٥) انظر التفريع : ٢/ ٢٣١ ، الكافي : ٥٧٨ .

(٦) مال : سقطت من ق .

فصــل [٤٦ - إذا أتلف السارق المال في الحرز] :

وإذا أتلف السارق المال في الحرز قبل أن يخرج به أو خرج به بعد إتلافه وهو لا يساوي نصابا فعليه الغرم ولا قطع عليه [١] لأن الإتلاف إذا لم يتم السرقة فلا قطع فيه ويصير كالغصب والاعتداء من غير سرقة ، والمراعى إخراجه بحاله من الحرز أو بلوغ قيمته نصاباً بعد الإتلاف حال إخراجه من الحرز .

* * *

---

(١) انظر المدونة : ٤/٤١٥ ، الكافي : ٥٨٢ .

(٢) في م : الاختلاف .

كتاب العتق

إذا أعتق شركاً له في عبد عتق[1] عيه نصيبه ، وقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا غائبا كان الشريك أو حاضرا أذن في ذلك أو لم يأذن فدفعت القيمة وعتق عليه وكان له الولاء ، وليس لشريكه أن يأبي ويتمسك بحصته إلا أن يقول : إما أعتق بحصتي ولا [2] أقومها فيكون ذلك له ، ويكون الولاء بينهما إذا أعتقه منجزاً لا مؤجلاً ، فإن أعتق إلى أجل كان كمن لا يعتق ودفعت إليه وينجز العتق .

وقال عبد الملك يقع العتق منجزاً ولا يعتق بالسراية في أظهر الروايتين بل بالتقدم ودفع القيمة إلى الشريك ، ولا يلتفت إلى قول العبد : لا اختار تكميل عتقي به ،وإن كان المعتق معسرا لم يقوم عليه وكانت حصة الشريك وفاء بحالها إلا إن اختار الشريك إعتاق نصيبه [3] ابتداء فيكون ذلك له ، ولا يلزم العبد السعي في قيمة نصيب الشريك منه ويبقى رقا بحاله ، وإن لم يكن له من المال من يفي بقيمة نصيب الشريك قوم عليه بقدر ما معه وعتق عليه وكان الباقي وفاء سواء كان العبد نصرانياً أو مسلماً كان لمسلمين أو لمسلم واحد [4] ونصراني أعتقه المسلم أو النصراني فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا أن يكون بين نصرانيين فلا يعرض لهما إذا كان العبد نصرانياً وإن كان مسلماً لزم فيه ما يلزم بين المسلمين .

---

(١) العتق : في اللغة : الجمال والكرم والحرية (المصباح :٤/ ١٥٢٠) وفي الاصطلاح: رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي ، (الرصاع على ابن عرفة :٥١٣) .

(٢) في م : إلا .

(٣) في م : حصته .

(٤) واحد : سقطت من م .

وقال في المختصر الكبير [١] : لا قيمة على المعتق فإن مات العبد قبل تقويمه فلا شيء على المعتق ، وإن كان معسراً فرفع إلى الحاكم فحكم بسقوط التقويم عليه (ثم أيسر بعد ذلك فلا قيمة عليه ، وإن لم يرفع حتى أيسر ففيها روايتان : إحداهما وجوب التقويم عليه) [٢] ، والأخرى سقوطه عنه ، ومن أعتق من بقية الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر حصته فلا قيمة عليه لشركائه ، والعبد بين الشركاء مختلفة أنصابهم منه :

أذا أعتق اثنان حصتهما قوم نصيب شريكهما الباقي عليهما بقدر أنصبائهما ، وقيل على عدد رؤوسهما بخلاف الشفعة ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسرا قوم على الموسر وسقط عن المعسر ، وكل [٣] من بعض العتق باختياره لزم تكميله عليه مثل أن يشتري بعض عبد ممن يعتق عليه كاتبه ابنه [٤] أو أن يهب له [٥] أو يتصدق به عليه أو أن يوصي له به فيقبله أو يأخذه صلحاً على أرش الجناية أو عن دعوى على إقرار أو إنكار أو يشتريه وكيل له وهو لا يعلم أو تصدقه امرأة في نكاح عالمة به أو ما أشبه ذلك ، فأما إن ورثه فلا يلزمه تكميله ولو كان ببعض ما تقدم ذكره بعد عتق ما ملكه بالميراث لم يقوم عليه باقيه ، ولو تأخر تقويم أمه [٦] عتق بعضها حتى ولدت كان ولدها بمنزلتها يقوم [٧] معها ، والاعتبار في القيمة يوم الحكم دون يوم العتق ، هذا الحكم فيه إذا كان بينه وبين غيره ، فأما إن كان العبد كله له فأعتق بعضه فإن الباقي يكمل عليه : وقد اختلف عنه في تكميله هل يكون بالسراية أو بالحكم فعنه في ذلك روايتان :

---

(١) من الكتب المهمة في المذهب ألفه ابن عبد الحكم .

(٢) ما بين قوسين : سقط من م .

(٣) في م : كان .

(٤) أبنه : سقطت من م .

(٥) في ق : يذهب له .

(٦) في ق: متى .

(٧) في م : مقومين .

إحداهما بالسراية ، والأخرى بالحكم ، ومن أعتق بعض عبده وهو مريض كمل عليه الباقي في ثلثه ، ولو وصى بإعتاق بعض عبده أو بحصته من عبد ففي تكميله روايتان : إحداهما وجوبه ، والأخرى سقوطه [1] .

فصل [١ - في عتق حصته من العبد] :

وإنما قلنا إنه يعتق عليه حصته من العبد لقوله ﷺ « لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم » [2] وهذا يملكه كله [3] ، وقوله ﷺ : « من أعتق شركا له في عبد قوم عليه حصه شركائه » [4] ، ولأنه أعتق ملكا له ليس لأحد حق فيه فوجب نفوذه كالمنفرد به .

فصل [٢ - في تكميل نصيب الشريك] :

(وإنما قلنا إنه يكمل عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً لقوله ﷺ « من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن المعتق قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاء حصصهم » [5] ، ولأن تبعيض العتق جناية فيلزمه غرم ما أذهبه بجنايته ، ولأن العتق مغلب ومبني على السراية فوجود نقصه يؤدى إلى تكميله .

فصل [٣ - في اشتراط كون المعتق موسراً] :

وإنما شرطنا أن يكون موسراً لقوله ﷺ : « ... وكان له مال يبلغ ثمن

---

(١) في جملة أحكام العتق هذه أنظر : الموطأ :٢/٧٧٢ ، المدونة :٢/ ٣٦٠ ، التفريع :٢/ ٢١ ، الكافي :٥٠٣ ، المقدمات :٣/ ١٥٣ .

(٢) أجرجه أبو داود في الطلاق باب في الطلاق قبل النكاح :٢/ ٦٤٠ ، وابن ماجه في الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح :١/ ٦٦٠ ، والترمذي في الطلاق واللعان باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح :٣/ ٤٨٦ ، وقال حديث حسن صحيح .

(٣) في م : ملكه .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٢١٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٢١٣ .

العبد قوم عليه وإلا فقد عتق منه ما أعتق »[1] وهذا نص ولأن في تقويم حصة الشريك عليه وهو معسر إضرارا به وبالشريك ، وإنما لم نفرق بين الغائب والحاضر لعموم الخبر ، ولأن الغائب يحكم عليه عندنا في الحقوق كلها ويستحب التوقف عليه إن كان قريب الغيبة لجواز أن يختار إعتاق نصيبه .

فصل [٤ - في عدم التفريق بين إذنه وعدم إذنه] :

وإنما لم نفرق بين إذنه وبين عدم إذنه لعموم الخبر ، ولأن تكميل العتق يتعلق به ثلاثة حقوق : حق لله تعالى ، وحق للعبد ، وحق للشريك ، فليس له إسقاط حق غيره ولا يصح أيضاً إسقاط حق نفسه قبل وجوبه .

فصل [٥ - اعتبار حصة الشريك بعد أخذ القيمة] :

وإنما شرطنا في اعتبار حصة الشريك أن يكون بعد أخذ القيمة خلافاً للشافعي في قوله إنه يعتق بالسراية[2] لقوله ﷺ « من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وأعتق عليه»[3] فشرط في عتقه أن يقوم عليه العبد وأن يدفع إلى الشريك ، ولأن تصرف الإنسان في ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع ، ولأنه تقويم لإزالة الضرر عن الشريك كالشفعة وقد ثبت أن ملك المشتري لا يزول عن الشقص إلا بعد قبض الثمن فكذلك في [العتق][4] .

فصل [٦ - في كون الولاء لمن أكمل عليه العتق] :

وإنما قلنا إن الولاء كله لمن أكمل عليه العتق لأن عتق جميع العبد من جهته فكان الولاء له لقوله ﷺ « الولاء لمن أعتق »[5] .

---

(١) سبق تخريج الحديث ١٢١٣ .

(٢) انظر مختصر المزني : ٣١٩ ، الاقناع : ٢٠٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٢١٣ .

(٤) مطموسة في ق و م .

(٥) أخرجه البخاري في الفرائض باب ما يرث النساء من الولاء :١١/٨ ، ومسلم في العتق باب إنما الولاء لمن أعتق :١١٤١/٢ .

فصـل [٧ - ليس للشريك أن يأتي تكميل العتق] :

وإنما قلنا إنه ليس لشريكه أن يأتي ذلك إذا لم يعتق من حصته لعموم الخبر ، ولأن في ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق العبد من تكميل العتق فلا يترك ومراده.

فصـل [٨ - إذا اختار اعتاق نصيبه] :

وإنما قلنا إنه إذا اختار إعتاق نصيبه فذلك له لأن الغرض تكميل العتق بينهما فمن أي الشريكين حصل جاز .

فصـل [٩ - الولاء يكون بينهما] :

وإنما قلنا إن الولاء يكون بينهما حينئذ لأن العتق حاصل منهما فلهما الولاء بقدر أنصبائهما .

فصـل [١٠ - في عدم صحته إعتاقه مؤجلاً] :

ووجه قول مالك إنه لا يصح إعتاقه مؤجلاً لأنه باق على الرق إلى أن يحل الأجل ، وإن مات قبل الأجل فعلى الرق ويبطل الغرض بتعجيل التكميل ، ووجه قول عبد الملك أنه خدمة استثناء من لا يجوز له استخدامه فوجب بتخيير عتقه وسقوط استثنائه .

فصـل [١١ - في عدم الالتفات إلى قول العبد لا أختار تكميل العتق] :

وإنما قلنا لا يلتف إلى قول العبد لا أختار تكميل عتقي لعموم الخبر ، ولأن في ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق الشريك فلم يجز) (١) .

فصـل [١٢ - إذا كان المعتق معسراً لم يلزم العبد السعي في قيمة نصيبه] :

وإنما قلنا إن المعتق إن كان معسراً لم يلزم العبد السعي في قيمة نصيبه منه خلافاً لأبي حنيفة (٢) ، لقوله ﷺ« من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن

---

(١) ما بين قوسين كله ساقط من م .

(٢) انظر مختصر الطحاوى :٣٦٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني :٣/ ١١٤ .

العبد قوم عليه وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق »[1] ولأنه عتق من غير جهة من كانت من الجناية فلم يكن واجباً كالمكاتب[2] ، ولأن العبد لم تكن منه جناية ولا إتلاف وكذلك الشريك الذي لم يعتق وسبب الإتلاف هو من المعتق فإذا لم يلزمه تقويمه فالعبد أولى .

فصـل [١٣ - إذا كانت مع الشريك قيمة بعض النصيب] :

وإنما قلنا إنه إذا كان معه قيمة بعض النصيب أخذت منه وعتق بقدرها من العبد لأن وجود المال لما كان شرطا في وجوب التقويم على الشريك وجب أن يكون كل جزء من العبد مقابلاً لجزء من المال ، فإذا وجد من المال ما يعتق به بعضه عتق منه بقدره .

فصـل [١٤ - في التسوية بين العبد المعتق بعضهم مسلما أو نصرانياً] :

وإنما سوينا بين العبد المعتق بعضه مسلما أو نصرانياً لعموم الخبر ، ولأن ذلك حكم بين مسلمين فوجب أن يحكم فيه بحكم الإسلام .

فصـل [١٥ - في التسوية بين كون السيد المعتق مسلما أو نصرانياً] :

وإنما سوينا بين كون السيد المعتق مسلما أو نصرانيا لما قدمناه ، ولأنه حكم بين مسلم ونصراني فوجب أن يعتبر فيه حكم الإسلام اعتباراً بسائر الأحكام .

فصـل [١٦ - في العبد المسلم بين نصرانيين يعتق أحدهما] :

ووجه قوله في العبد المسلم بين نصرانيين يعتق أحدهما نصيبه منه إنه لا يقوم عليه حصة شريكه[3] أن تكميل العتق من حقوق الله تعالى[4] وليس من

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ١٢١٣ .

(٢) في م : كالكتابة .

(٣) في ق : حصته الشريك .

(٤) في م : عز وجل .

حقوق الآدميين والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى ووجه إيجاب التقويم أن في تكميل العتق ثلاثة حقوق ، أحدها لله تعالى ، والآخر للشريك والآخر للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيبه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصراني ومسلم قاله شيخنا أبو القاسم رحمه الله .

فصل [١٧ - إذا مات العبد قبل التقويم] :

وإنما قلنا إن العبد إذا مات قبل التقويم فلا قيمة على من أعتق حصته منه لأن القيمة تجب بالحكم فإذا مات تعذر التقويم فلم يلزم الشريك شيء لأنه لم يتلف على شريكه شيئاً .

فصل [١٨ - إذا أيسر الشريك بعد الحكم بسقوط القيمة عنه] :

وإنما قلنا إنه إذا أيسر بعد الحكم بسقوط القيمة عنه لم يقوم عليه لأن الحكم بذلك قد نفذ فلا ينتقض بتغير الحال من بعد ، فأما إذا لم يحكم بذلك حتى أيسر فوجه قوله بوجوب [1] التقويم عموم الخبر ، واعتباراً بيساره وقت الاعتاق ، ووجه سقوطه أن العتق ضرب من الجناية والإتلاف فكان من شرط الغرم[2] فيه اعتبار اليسر وقت الفعل دون وقت الحكم اعتبارا بغيره من الجنايات.

فصل [١٩ - عدم غرم الشريك الثاني القيمة إذا أعتق نصيبه لشريكه الثالث]:

وإنما قلنا إن الشريك الآخر إذا أعتق فلا قيمة عليه لشريكه الباقي لأن الجناية بتبعيض العتق سابقة لإعتاقه ، والقيمة إنما تلزم بالجناية .

---

(١) في ق : يوجب .

(٢) في م : العدم .

فصل [فصل ٢٠ - هل توزع القيمة بين الشركاء على قدر أنصبائهم أم على عدد رؤوسهم] :

ووجه قوله إن القيمة بين الشركاء (المعتقين على قدر أنصبائهم أنه حق لله تعالي تتعلق بالمال لإزالة الضرر عن الشركاء) [١] فكان على قدر الأنصباء اعتباراً بالشفعة ،ووجه قوله إنها على عدد [٢] الرؤوس تساويهم في الجناية بالتبعيض والضرر لا يختلف لكثرة التبعيض وقلته ، وإنما قلنا يقوم على الموسر ويسقط عن المعسر لأن الموسر إذا انفرد بإعتاق نصيبه يلزمه قيمة نصيب شريكه والقيمة لا تلزم المعسر فكان انضمامه إلي الموسر غير مؤثر في القيمة عنه إذا كان وجوده كعدمه ، وقال عبد الملك يقوم على الموسر بقدر ما كان نصيبه إن كان شريكه المعسر موسراً ، ووجه ذلك أنه لم ينفرد تبعيض العتق وإدخال الضرر بل شاركه غيره في ذلك فإذا سقط حق الذي لم يعتق على المعسر لم ينتقل إلى الموسر .

فصل [٢١ - فيمن ملك جزءاً ممن يعتق عليه بالنسب] :

وإنما قلنا إن من ملك جزءاً ممن يعتق عليه بالنسب بشراء أو غير ذلك من اختيار التمليك فإن الباقي يقوم عليه فلأن تملكه [٣] باختياره قصد منه إلى إعتاق ما يملك منه فكان كمبتدىء العتق في حصته من عبد مشترك بينه وبين غيره فلزمه تمليكه ، وفرقنا بين ذلك وبين أن يرثه لأنه لا صنع له في الميراث فلا ينسب تبعيض العتق إليه .

فصل [٢٢ - فيمن ورث بعضه ثم عتق عليه] :

وإنما قلنا إنه إن ورث بعضه فعتق عليه ثم اشترى منه جزءا آخر أو قبل هبته منه

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) في م : على قدر .

(٣) في م : تمليكه .

عتق عليه ولم يقوم باقيه لأن ابتداء تبعيض العتق لم يكن من جهته ، فما يتجرد منه بعد ذلك ليس بجناية توجب عليه التقويم كالشريك الثاني يعتق بعد إعتاق الأول فلا يقوم عليه نصيب الثالث .

فصـل [٢٣ - في تقويم الأمة بولدها] :

وإنما قلنا إن الأمة تقوم بولدها إذا تأخر تقويمها لأن العتق قد تعذر فيها وقد ثبت لها وكان حكم ولدها حكمها ، و سواء كانت حاملاً يوم العتق للجزء منها أو حملت بعد ذلك لأنه داخل في حكمها ومقوم على معتق سهمه منها .

فصـل [٢٤ - الاعتبار بالقيمة في العبد يوم الحكم دون يوم العتق] :

وإنما قلنا إن الاعتبار في القيمة يوم الحكم دون يوم [١] العتق لأن القيمة يتقدر وجوبها [١] بالحكم لا بنفس الإعتاق ، ألا ترى أن الشريك لو اختار اعتاق حصته لكان له ذلك ، فما لم يحكم بها لا يجب ، وإذا كان كذلك كان الاعتبار بها يوم الحكم دون يوم العتق .

فصـل [٢٥ - إذا أعتق جزءاً من عبد يملك جميعه] :

وإنما قلنا إنه إذا أعتق جزءاً من عبد يملك جميعه عتق عليه الباقي لأنه مبتدىء تبعيض العتق فوجب أن يكمل عليه [٣] باقيه أصله العبد المشترك ، و لأن الحكم عليه في حصته أقوى من الحكم في حصة غيره فلما كان التكميل [٤] واجباً عليه في حصة غيره كان في حصة نفسه أولى .

---

(١) يوم : سقطت من م و من ر .

(٢) في م : يتعذر .

(٣) في م : استتمامه .

(٤) في ق و ر : التمليك .

فصل [٢٦ - في وجه الرواية أنه يعتق الباقي بالحكم] :

ووجه الرواية الظاهرة أنه يعتق الباقي بالحكم اعتباره [١] بالعبد بين الشريكين، ووجه السراية أنه مبني على التغليب فإذا بعض في حق نفسه لم يبعض وسرى إلى الجميع ، كان لو قال يدك حرة أو رجلك ، ويفارق ذلك العبد المشترك لأن تكميل العتق هناك جهة غير جهته [٢] يمكن فيهما ، بخلاف المنفرد به .

فصل [٢٧ - في ابتداء العتق في المرض] :

وإنما قلنا إنه إذا ابتدأ ذلك في مرضه قوم عليه الباقي في ثلثه لأن التصرف على غير وجه المعارضة لا يجوز في المرض إلا في الثلث كالهبة والصدقة .

فصل [٢٨ - في و صيته بإعتاق بعض عبده أو بشرك له] :

ووجه قوله في الوصية بإعتاق بعض عبده أو بشرك له فيه [٣] فإنه يكمل عليه بقيته عموم الخبر ، والمعتق في وصيته معتق ، ولأنه مختار للتبعيض [٤] فأشبه مباشرة الإعتاق في الحياة (وإذا وجب التكميل فهو في الثلث لأن حكم الثلث بعد الوفاة حكم جميع المال في الحياة) [٥] ، ولأنه لا يملك بعد موته إلا الثلث ، ووجه نفي التكميل أن ملكه قد انتقل إلى ورثته وليس له إلا ما تصرف فيه من ثلثه وما لم يتصرف فيه في وصيته فهو للورثة ولم يكن من الورثة جناية توجب تكميل العتق عليهم فلا يجب التكميل [٦] في حقوقهم .

* * *

---

(١) في م : اعتباراً .

(٢) غير جهته : سقطت من ق .

(٣) في م : منه .

(٤) في م : لتبعيض العتق .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

(٦) في م : التقويم .

باب [- حكم المعتقين عند موت سيدهم]

ومن أعتق في مرضه سته أعبد لا مال له غيرهم وما من ذلك المرض أقرع بينهم فأعتق الثلث ممن خرج عليه السهم منهم ورق الباقي ولا يعتق من كل واحد ثلثه [١] وقال أبو حنيفة لا مدخل للقرعه في العتق أصلا ولكن يعتق من كل واحد ثلثه [٢] ويستسعى في قيمة بقيته فإذا أداها إلى الورثة عتق [٣] .

ودليلنا حديث عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه لامال له غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة [٤] ففيه أدلة: (أحدها أنه ﷺ أقرع ، وعند المخالف أنه لا يقرع) [٥] ، والثاني أنه أعتق اثنين كاملين وعندهم لا يعتق رأس كامل ، والثالث أنه نقل الحكم والسبب فلم ينقل الاستسعاء فدل على أنه غير واجب ولأن المريض ممنوع من جميع ماله فلم يكن له أن يعتق كل عبيده إذا كان لا يملك غيرهم فإذا فعل ذلك عتق منه الثلث الذي كان يملك التصرف فيه ورق الباقي ولم يكن بعضهم أولى من بعض إذن لا مزية لبعضهم واحتيج إلى تمييز من يعتق من نصيب الورثة فلم يكن إلى ذلك طريق إلا الإقراع .

فصــل [١ - فيمن قال ثلث رقيقي أحرار] :

ولو قال ثلث رقيقي أحرار أسهم بينهم لأنه لم يعين فوجب الإقراع لتمييز

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣٧٣-٣٧٤، ٤٠٠ ، التفريع :٢/ ٢٣ ، الرسالة:٢٢٥ ، الكافي :٥٠٦ .

(٢) ثلثه :سقطت من ق .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي :٣٧٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني :٣/ ١١٦-١١٧ .

(٤) أخرجه مسلم في الأيمان باب من أعتق شركا له عبد :٣/ ١٢٨٨ .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

نصيب العتق[1] من نصيب الرق اعتباراً بعتق جميعهم ولو قال ثلث كل واحد منهم حر لم يقرع بينهم لأنه قد تميز نصيب العتق[2] من نصيب الرق وقصد إلي إعتاق ثلث كل واحد منهم فنفذ العتق فيه ولم ينقل إلى غيره ، وإذا أعتق الثلث شائعاً فلم يقصد عتق عبد بعينه ولا ميزه من غيره ولذلك وجب الإقراع[3].

فصل [٢ - في المعتق بعضه] :

والمعتق بعضه يكون له من نفسه بقدر ما فيه من العتق يقاسم سيده الخدمه كالعبد بين شريكين[4] وماله موقوف بيده ليس للسيد[5] انتزاعه كالمشترك أنه ليس لأحد الشريكين أخذ ماله بغير إذن الآخر ، وحاله في جراحه وحدوده حال عبد في أنه لا يقتص له من حر ولا يحد الأحرار[6] ولا يكون محصناً ولا تقبل شهادته[7] لأن أحكام الرق أغلب عليه[8] من أحكام الحرية، كذلك إن مات ورثه من يملك بعضه كالعبد لأن الرق مقدم على الحرية ، ولأن المواريث[9] طريقها الفضيلة ولم يبلغ منزلة الفضيلة فيرث أو يورث ولا شيء لمن أعتق نصيبه منه لأنه لا حكم لبعض الولاء مع الرق .

---

(١) في ق : المعتق .

(٢) في ق : المعتق .

(٣) أنظر المدونة :٢/ ٣٧٤ ، التفريع :٢/ ٢٣ ، الرسالة:٢٢٥، الكافي :٥٠٧ .

(٤) في م : بين رجلين شريكين .

(٥) في م : لسيده .

(٦) في م : الحر .

(٧) انظر التفريع : ٢/ ٢٢ ، الرسالة : ٢٢٥ ، الكافي : ٥٠٤ - ٥٠٥ .

(٨) عليه : سقطت من ق .

(٩) في م : الموارثة .

فصـل [٣ – حكم المثلة بالرق] :

ومن مثل بعبده فقطع بعض أطرافه أو أعضائه أو سجل أسنانه أو فقأ عينه قاصداً لذلك لزمه إعتاقه [١] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي لقوله ﷺ « من مثل بعبده عتق عليه » وروي « فهو حر عليه » [٢] ولأن ذلك عقوبته لئلا يعود إلى مثله فعوقب بعتقه كعقوبة القاتل عمدا بمنع الميراث ، وإذا أراد أدبه فأصابه من ذلك ما لم يرده فلا يعتق عليه لأن الخطأ لا يستحق عليه به عقوبة لأنه غير مقصود ولا إثم فيه .

وإذا أعتق عليه فولاؤه له لأنه هو المعتق له وإن كان معتقه مستحقاً عيه كالعتق في الكفارة ومن يعتق عليه من نفسه ،وعنه في كيفية عتقه روايتان :

إحداهما أنه يعتق عليه [٣] بنفس المثلة [٤] دون الحكم ، والأخرى دون نفس المثلة ، فوجه الأولى قوله ﷺ : « من مثل بعبده عتق عليه » ، وروى «فهو حر عليه » [٥] وظاهره يفيد بنفس الفعل ، ووجه الثانية أنه فعل من جهته في العبد استحق به إعتاقه بالشرع فوجب أن يفتقر إلى الحكم [٦] كتبعيض العتق .

فصـل [٤ – في مال العبد المعتق] :

ومن أعتق عبداً [٧] تبعه ماله إلا أن يشترطه السيد ، وكذلك إذا أوصى بعتقه [٨] لقوله ﷺ « من عتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه سيده» [٩] ،

---

(١) انظر المدونة :٢/٣٩٧ ، التفريع :٢/٢٤ ، الرسالة :٢٢٥ .

(٢) أخرجه الحاكم ٤/٣٦٨ ، وأصله في الصحيحين بلفظ « من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه . . .

(٣) يعتق عليه : سقطت من م .

(٤) في م : بالمثله .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) في م : حاكم .

(٧) في م : عبده .

(٨) انظر التفريع :٢/٢٣ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥١١.

(٩) سبق تخريج الحديث .

وكذلك حكم إعتاقه المباشر في الوصية واحد ، ولهذه المسألة فروع مبنية على أصلين يختلف قول مالك فيهما وهما : بيع العبد وعتقه لم يختلف قوله في أن البيع يكون المال للبائع إلا أن يشترطه المشتري وفي العتق يكون تابعاً للعبد إلا أن يستثنيه السيد .

واختلف عنه في الوصية به وهبته بغير عوض والتصدق به وإسلامه في الجناية فعنه فيها روايتان : إحداهما أن ماله يتبعه ، والأخرى أن ماله لسيده الأول ، وإنما يختلف في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين فالبيع والعتق معللان بإحدى علتين: إحداهما أن البيع خروج ملك بعوض فلذلك لم يتبع العبد ماله ، والعتق خروج ملك بغير عوض (فلذلك تبعه ماله فعلى هذا الإعتلال يكون ماله في الوصية والصدقة والهبة تابعاً له لأن كل ذلك خروج ملك بلا عوض) [١] ، وفي أرش الجنايه لا يتبعه لأنه خروج ملك بعوض والأخرى أن علة البيع أنه خروج ملك إلى[٢] ملك فلذلك لم يكن تابعا له ،والعلة في العتق أنه خروج ملك إلى غير [٣] مالك لذلك يتبعه ماله وعلى هذا يكون في الوصية والهبة والصدقة ماله لسيده الأول لايتبعه لأنه خروج ملك إلى مالك كالبيع .

فصل [٥ - في ولد العبد المعتق] :

ولا يتبعه ولده لأن ولده ملك لسيده فلا يتبعه كسائر أملاك [٤] سيده .

فصل [٦ - في عتق الجنين مع الحامل إذا اعتقت] :

ومن أعتق حاملاً عتق جنينها معها [٥] لأن كل ولد حدث من تزويج أوزنا

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) إلى : سقطت من م .

(٣) في ق : بغير .

(٤) في م : أموال .

فهو تابع لأمه في الحرية والرق [1] ، وكل عقد في الرقبه لاسبيل إلى حله اعتباراً بالأمة تزوج ، ولأنه لا يوجد في الأصول حرة حامل[2] بعبد .

فصــل [٧ - في عتاقة المديان] :

عتاقة المديان الذي أحاط الدين بماله لا تجوز إلا بإجازة الغرماء [3] لأن حقوق الغرماء متعلقة بماله وذمته ولهم التسلط على انتزاع ماله من يده في حقوقهم ففي إعتاقه إتلاف أموالهم فلا ينفذ إلا بإجازتهم .

فصــل [٨ - في عتاقة المولى عليه] :

عتاقة المولى عليه غير جائزة [4] لأن الحجر عليه يمنعه من التصرف في ماله فيما (ليس بحظ له وجواز ذلك إتلاف) [5] ماله وزوال فائدة الحجر .

فصــل [٩ - في عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما] :

عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما غير جائز [6] لأنه قبل البلوغ لاحكم لقوله ولا لعقوده ولأنه ممنوع من التصرف في ماله بالحجر الثابت عليه ، ولأن البالغ المولى عليه لاينفذ [7] عتقه فالصغير أولى .

فصــل [١٠ - إذا وطىء المديان أمة لا يملك غيرها] :

إذا وطء المديان أمة لا يملك غيرها وحملت فإنها تكون أم ولد ويتعلق حقوق الغرماء بذمته ولا تباع في الدين [8] ، والفرق بين ذلك وبين أن يعتقها بالقول

---

(١) انظر التفريع : ٢/ ٢٣ ، الرسالة : ٢٢٥ ، الكافي : ٥١١ .

(٢) في ق : حاملة .

(٣) انظر المدونة : ٢/ ٣٧٦ ، التفريع : ٢/ ٢٤ ، الرسالة : ٢٢٥ ، الكافي .

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٢٤ ، الرسالة : ٢٢٦ .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

(٦) انظر المدونة : ٢/ ٣٩١ ، التفريع : ٢/ ٢٤ ، الرسالة : ٢٢٦ .

(٧) في ق : لا ينعقد .

(٨) انظر التفريع : ٢/ ٢٤ .

فلا ينفذ إلا بإذن الغرماء : أن الفعل إذا وقع لا يمكن إزالته وقد استقر عقد العتق فتعذر إبطاله ألا ترى أن المريض لا ينفذ عتقه بالقول فلو وطء أمة فحملت لكانت أم ولد .

فصـل [١١ - الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة] :

الذين يعتقون على مُلاكهم بالقرابة عمودى النسب الأعلى والأسفل كالوالدين والأجداد والجدات من قبل الأب والأم قربوا أو بعدوا والوارثين وغير الوارثين وأولادهم الذكور والإناث منهم والإخوة والأخوات من أي قبيل كانوا هم أنفسهم لا يتعدى ذلك إلى أولادهم ولا يعتق من سواهم من عم أو عمة أو خال أو خالة لا من يحرم منهم ولا من لا يحرم [(١)] .

والكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع : أحدها وجوب العتق في عمودي النسب خلافاً لداود في قوله لا يعتق أب ولا ابن إلا أن يبتدىء المشترى بإعتاقه[(٢)]، والثاني في الأخوة خلافاً للشافعى في قوله إنهم لا يعتقون [(٣)] والثالث مع أبي حنيفة في قوله أن كل ذي رحم يعتق بالملك [(٤)] .

فدليلنا على داود قوله تعالى ﴿ وقالوا اتخذ الرحمن ولدا ، لقد جئتم شيئاً إدّا . . . . . إلى قوله تعالى : وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا ، وإن كل من في السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا ﴾ [(٥)] فنفى عن نفسه اتخاذ الولد وعلل ذلك بأن الكل عبيد له وذلك ينفي كون الولد عبدا ، وقوله ﷺ :« من ملك ذا رحم محرم فهو حر » [(٦)] ولأن المخالف لا يخلو أن يقول إن الإنسان

---

(١) انظر المدونة : ٢/ ٣٨٥ ، التفريع : ٢/ ٢٥ ، الرسالة : ٢٢٦ ، الكافي : ٥٠٩ .

(٢) انظر المحلى : ١٠/ ٢٢٠ .

(٣) انظر الإقناع : ٢٠٥ ، المهذب : ٢/ ٥ .

(٤) انظر مختصر الطحاوى : ٣٩٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٣/ ١١٤ .

(٥) سورة مريم الآيات : ٨٩-٩٣ .

(٦) أخرجه أبو داود في العتق باب من ملك ذا رحم محرم :٤/ ٢٥٩ ، وابن ماجه في العتق باب من ملك ذا رحم : ٢/ ٨٤٣ ، والترمذي في الأحكام باب من ملك ذا رحم محرم : ٣/ ٦٤٦ ، والحديث تفرد به ضمرة ، والحديث صحيح إذا أسنده ثقه (نصب الراية : ٣/ ٢٧٩) .

إذا ملك أباه وابنه فإنه يعتق عليه بنفس الملك فذلك قولنا أو يقول لا يعتق[(1)] عليه بل يؤمر بإعتاقه ويلزم ذلك ، وكل هذا خلاف الأصول لأن الإنسان لا يستحق عليه إيقاع حرية في ملكه بغير سبب كان من جهته كالنذر والكفارة .

فصــل [١٢ - في الدليل على الشافعي في قوله إنهم لا يعتقون] :

ودليلنا على الشافعي عموم الخبر ، ولأن الأخوة نسب يحجب الأم عن الثلث إلى السدس كالولادة ، ولأن التعصيب تكون من ذكورهم لإناثهم[(2)] كالولد.

فصــل [١٣ - في الدليل على أبي حنيفة في قوله أن كل ذي رحم رحم يعتق بالملك] :

ودليلنا على أبي حنيفة في العم والخال لأن كل من حلَّت لإنسان[(3)] بنته بعقد نكاح أو بملك يمين لم يعتق عليه بالملك كذلك[(4)] العم لأن ابنته تحل لابن عمها ، ولأن كل جنس يرث ذكورهم دون أبنائهم فلا يعتقون بالملك كبنى العم .

فصــل [١٤- في عدم الحاجة إلى حكم الحاكم في الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة] :

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بل يعتقون به بنفس الملك[(5)] لقوله ﷺ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر »[(6)] ، ولأن الحاكم إنما يراد فيما يجوز تبقيته بوجه فأما سوى ذلك فلا حاجه بالحاكم إليه[(7)] .

---

(١) في م : ألا .

(٢) في م : من ذكرهم لا بنائهم .

(٣) في ق : من حله الإنسان .

(٤) في م : أصله .

(٥) في ق : المالك .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) في م : بالحكم فيه .

ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجل لم يعتق إلا بعد حلوله بخلاف الطلاق إلى أجل لأن الوطء لا يتوقف فلما اعترض هذا المعنى في الطلاق انجزناه ولم يعترض مثله في العتق فتركناه على موجب عقده ولم يجزله وطء الأمة المعتقة إلى أجل لأن المعنى فيها وفي الزوجة (واحد : وهو منع توقيت الوطء إلا أن في الأمة لم يتنجز الحرية لأنه يجوز أن يبقى ملكه على من لا يجوز له وطؤها ،و في الزوجة لا يجوز أن يبقى عقده على من)[1] لا يجوز له وطؤها لأنه ليس منها إلا الوطء فإذا حرم ذلك[2] زال العقد .

فصـل [١٥ - إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعته أمته ولم يتبعهم ولده] :

إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعته أمته ولم يتبعه ولده لأن أمته ماله ومال العبد في العتق تابع له وولده ملك لسيده لأنه لا يملك ولد نفسه .

ولو أعتق العبد الأمة وهي حامل لم ينفذ عتقها وهي حامل حتى تضع[3] لأن في نفوذ عتقها أحد أمرين ممنوعين : إما إن يعتق الأمة دون الحمل فذلك غير جائز لأن استثناء حمل الأم في العتق غير جائز ، أو أن تعتق هي وحملها فيؤدي ذلك إلى أن يعتق على غير ملكه بغير اختياره ولا جناية كانت منه ، فلما كان مؤدياً إلى ما ذكرناه من المنع وجب وقفه إلى أن تضع وتعتق الأمة (ويكون الولد للسيد والله أعلم)[4] .

* * *

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) ذلك : سقط من م .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٢٣ ، الرسالة : ٢٢٥ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

باب :[1] الولاء [2]

لا يحل بيع الولاء ولا هبته [3] ، و الأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته ، و قوله ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب (لا يباع ولا يوهب » [4] ، والولاء لمن أعتق لقوله ﷺ « الولاء لمن أعتق » [5] وليس للعبد صرفه إلى غيره معتقه لقوله : « الولاء لحمة كلحمة النسب)[6] ومن ادعى إلى غير أبيه أو توالى غير مواليه فعليه لعنة الله » [7] .

فصل [١ - في عدم إرث النساء من الولاء شيئاً] :

لا يرث النساء من الولاء شيئاً وإذا ترك المعتق ولدا ذكورا وإناثاً فالولاء للذكور من ولده دون الإناث [8] وهذا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم [9]

---

(١) في م : كتاب .

(٢) الولاء : بفتح الواو والمد - من الولاية والولي وهو القرب ، واصطلاحاً : صفة حكمية توجب لموصفها حكم العصوبة عند عدهما كائن (الفواكه الدواني :٢/ ١٦١) .

(٣) انظر الموطأ : ٧٨٠ ، المدونة:٣/ ٦٤ ، التفريع :٢/ ٢٦ ، الرسالة: ٢/ ٢٢٦ ، الكافي :٥١٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة :ص ١٤٣٦ .

(٥) أخرجه البخاري باب ما يرث النساء من الولاء :٨/ ١١ ، ومسلم في العتق باب إنما الولاء لمن أعتق :٢/ ١١٤١ .

(٦) ما بين قوسين سقط من ق .

(٧) أخرجه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الله بن عطيه قال الذهبي لا أعلم من روى عنه (مجمع الزوائد :٤/ ٢٣٥) .

(٨) انظر التفريع : ٢/ ٢٦ ، الرسالة:٢٢٦ ، الكافي :٥١٢ .

(٩) انظر البيهقي : ١٠/ ٣٠٦ ، وعبد الرزاق :٩/ ٣٣.

والأصل فيه أن الولاء يورث بالتعصيب المحض والنساء لا تعصيب فيهن فلم يرثن بالولاء وإنما قلنا إنه يورث بالتعصيب لأن الميراث يكون بثلاثة أوجه : إما برحم كالولاده وما تعلق به من النسب أو بالنعمة [1] أو بالتعصيب وهو الولاء ولأنه ليس في العتق أكثر من النعمة التي حصلت من جهة المعتق فجعلته عصبة ، وإذا كان كذلك لم يرث منه النساء لأنهن لا يرثن إلا بالرحم ، ولأن النسب أقوى في التوريث له من الولاء بدليل أنه لا يورث بالولاء وهناك نسب ما يورث به فإذا ثبت ذلك لم يكن للنساء مدخل في التوريث مما تراضى من النسب ، كان بأن لا يكون لهن مدخل في الولاء أولى [2] .

فصل [٢ - أولى العصبة بإرث الولاء] :

وأولى العصبة بإرث الولاء [3] الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد ثم العمومة [4] ، ثم ابن العمومة [5] وإنما قلنا إن الابن أولى لما قدمناه [6] من أن الولاء مستحق بالتعصيب المحض دون الرحم ويختص به من قوي تعصيبه على غيره ، وتعصيب البنوة أقوى من التعصيب بالأبوة والجدوده لأن تعصيب الجدودة والأبوة يشوبها الرحم والولادة وتعصيب البنوة محض لا يشوبه شيء فكان البنون[7] أولى من كل أحد .

---

(١) في م : من الرحم أو بالصهر .

(٢) أولى : سقطت من م .

(٣) في م : الولي .

(٤) في ق : العم .

(٥) انظر الموطأ :٢/ ٧٨٤ ، المدونه :٣/ ٨١-٨٢ ، التفريع :٢/ ٢٦ ، الرسالة : ٢٢٦، الكافي :٥١٢ .

(٦) في م : بيناه .

(٧) البنون : سقطت من م .

وإنما قلنا إن ابن الابن وإن سفل أولى من الأب وغيره للاتفاق على أن ابن الابن قائم مقام الابن عند عدمه في كل الاحكام وكذلك في الولاء .

وإنما قدمنا الأب على الجد والأخوة لأنهم يدلون به فكان مقدم على من يدلى به ألا ترى أن الجد يقول أنا أبو أبي الميت والإخوة يقولون نحن بني أبيه فكلهم يدلون [١] بقربهم من الأب فوجب أن يكون الأب مقدما على من يدلي به ويستفيد القرب من جهته .

وإنما قلنا إن الأخوة وبنيهم في ميراث الولاء مقدمون [٢] على الجد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٣] في قولهما إن الجد أولى لأن تعصيب (الأخوة أقوى من تعصيب) [٤] الجدود وأقرب إلى الميت لأن الجد يدلي بأبوة الأب والإخوة يدلون ببنوة الأب والإدلاء بالبنوة أقوى من الإدلاء بالأبوة : ألا ترى أن الأب يصير مع الابن بمنزلة الأم يأخذ بالفرض ويسقط تعصيبه فكان الأخ مقدما على الجد في ذلك، وإنما قلنا إن بني الأخوة كالإخوة لأن الإدلاء بالبنوة موجود فيهم والنزول لا يؤثر في ذلك ألا ترى أن ابن الابن وإن سفل مقدم على الأب وعلى الجد .

وإنما قلنا إن الجد مقدم على العم لأن العم يدلي بالجد فكان الجد مقدما على من يدلي به فكذلك العمومة مقدمون على بنيهم لهذا المعنى .

---

(١) في م : يدلي.

(٢) في ق : مقدم .

(٣) انظر مختصر الطحاوي :٣٩٩-٤٠٠ ، مختصر المزني :٣٢١-٣٢٢ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

فصـل [٣ - في استحقاق الولاء بالكبر] :

الولاء يستحق بالكبر فلا يستحق البطن الثاني منه شيئاً ما بقي من البطن الأعلى موجود وبيان ذلك : أن يموت رجل ويترك ولاء وثلاثة بنين فيرث البنون بالسوية ثم يموت إثنان ويتركا ابنين ويموت المولى فيكون ميراثه للابن الباقي دون بني إخوته [١] .

وإنما قلنا ذلك لأن الولاء مع اختصاصه بالتعصيب يختص بمن قوى تعصيبه وقرب دون من بعد عنه ، وليس هو من باب ميراث المال بسبيل بدليل أن الميت لو ترك ابنا واحدا لم يستحق الجد شيئاً ، وإنما هومن باب الولاية [٢] فهو للأقرب فالأقرب يبين ذلك أن من يستحق العصبة شيئان : ميراث وولاية ، إما في نكاح أو قصاص وبأيهما اعتبرت الولاء وجدته لايدخل أبناء مع وجود آبائهم أو عمومتهم فلذلك قلنا إن البطن الأول مقدم على البطن الثاني .

فصـل [٤ - في كون الولاء للمعتق عنه] :

ومن أعتق عبداً عن رجل بإذنه أو بغير إذنه فالولاء للمعتق عنه [٣] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٤] حين قالا : أن الولاء للمعتق إن كان أعتق عنه بغير إذنه لأنه إذا أعتق عبده عن غيره فقد ملكه إياه بشرط العتق عنه فكان كالوكيل إنه إذا أعتق عبد غيره عن مالكه فالولاء للمعتق عنه ، ولأن الولاء جار مجرى النسب فلا يفتقر حصوله لمن يحصل له إلى إذن منه ، ألا ترى أن الأخوة والعمومة تحصل للإنسان شاء أم أبى بوطء قريبه الذي يولد له منه فيثمر هذه الأنساب فكذلك الولاء يعتق زيد عبده فيثبت ولاؤه لعصبته شاءوا أو أبوا ، وإذا صح ذلك جاز أن يكون الولاء للمعتق وإن لم يكن منه إذن أعتقه فكان الولاء لمن أعتق عنه كما لو كان بإذنه .

---

(١) انظر الموطأ :٢/ ٧٨٥ ، المدونة : ٣/ ٨١ ، الرسالة : ٢٢٦ ، الكافي : ٥١٢ .

(٢) في م : الولايات ، وفي ر : الولاء .

(٣) انظر المدونة : ٣/ ٦٤ ، التفريع : ٢/ ٢٧ ، الكافي : ٥١٣ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي :٣٩٨ ، المهذب : ٢/ ٢١ .

فصل [٥ - في السائبة] :

السائبة هو الذي يعتق [١] عن المسلمين فولاؤه للمسلمين لا لمن أعتقه للمعنى الذي قدمناه [٢] وإنما سمي سائبة لأن المعتق رفع يده عنه من كل وجه من جهة الملك والولاء فصار الولاء لغير مالك [٣] بعده [٤] بعينه بل لجماعة المسلمين كالجمل المسيب الذي لا يعرض له [٥] على ما كانوا يفعلونه في الجاهلية ، وكذلك ما أعتقه الإنسان عن زكاته أو أعتقه الأمام من أموال الزكاة فهو لجماعة المسلمين (لأنه معتق عن المسلمين أعتقه الإمام) [٦] أو المزكى وذلك بخلاف المعتق في الكفارات لأن المكفر أعتقه من نفسه فكان الولاء له وفي الزكاة إنما أعتقه عن المسلمين لأنه من أموال المسلمين فكان كالمعتق عبدا عن غيره من مال ذلك الغير أن الولاء للمعتق عنه .

فصل [٦ - ولاء المنبوذ] :

وولاء المنبوذ للمسلمين دون ملتقطه هكذا أطلقه أصحابنا ومرادهم أنه لا ولاء عليه لأحد وأن ميراثه لا يختص به ملتقطه لأنه حر بالأصل وإنما يطرأ الرق بالسبي لبعض الأحرار فكان كل موجود من الناس حراً إلا أن يطرأ عليه ما ينقله إلى الرق[٧] .

---

(١) عن : سقطت من م .

(٢) انظر الموطأ : ٢/٧٨٥ ، التفريع :٢/٢٧ ، الرسالة : ٢٢٦ ، الكافي : ٥١٣

(٣) في م : ماله .

(٤) بعده : سقطت من م ومن ر .

(٥) في ق : كالجمل المسيب الذي لا يفرضوا له .

(٦) ما بين قوسين سقط من ق ومن ر .

(٧) انظر : المدونة :٣/٧٦ ، التفريع :٢/٢٧ ، الكافي :٥١٣ .

فصـل [٧ - في مولى الموالات] :

مولى الموالات لا يرث وصفته : أن يكون رجلان ولا نسب بينهما يوالي أحدهما الآخر على أن يتوارثا ويتعاقلا فهذا عندنا لا يصح ولا يلزم [١] ، وعند أبي حنيفة يصح ويتوارثان ويتعاقلان ولهما أن يفسخا الموالات ما لم يعقل أحدهما عن الآخر [٢] . فدليلنا قوله ﷺ : « وإنما الولاء لمن أعتق » [٣] فانتفى أن يكون ولاء لغيره معتق ، ولأن الموالات [٤] سبب لا يورث به مع وجودُ النسب فكذلك مع فقده أصله إذا أسلم الرجل على يد رجل عكسه الزوجية ، ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له نقل ميراثه عنهم بالموالات كالمتناسبين .

ومن أسلم على يد رجل فلا ولاء له عليه (خلافاً لمن يقول أن الولاء له[٥])[٦] للخبر ، ولأن الولاء بالإنعام بالعتق وهذا معدوم فيمن أسلم (على يده.

إذا أعتق المسلم نصرانياً فالولاء مراعى فإن أسلم) [٧] كان ميراثه للمسلم إن مات ، وإن مات النصراني قبل أن يسلم فلا ولاء للمسلم عليه ، وقال الشافعي يثبت له الولاء عليه ويرثه [٨] .

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٦ .

(٢) انظر الطحاوي : ٣٩٩ - ٤٠٠ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/١٣٩ .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٤٥١ .

(٤) في م : الولاء .

(٥) قاله أحمد واسحق (المغني :٦/ ٣٨٠) .

(٦) ما بين قوسين سقط من م .

(٧) ما بين قوسين سقط من ق .

(٨) انظر المهذب :٢/٢١ .

فدليلنا أن الإرث بالنسب مقدم على الإرث بالولاء وآكد منه لأن الولاء شبه به وقد ثبت أنه لا توارث بين المسلم والكافر بالنسب ، وكذلك بالولاء ويفارق ذلك ميراثه من عبده النصراني إذا مات لأن رقبته كانت ملكاً له فكان حكم ماله حكم رقبته إلا أنه ميراث على الحقيقة ، ولأن المباينة بالملة تمنع الإرث بالنسب والولاء دون الرق .

فصل [٨ - إذا أسلم النصراني ثم مات] :

وإذا ثبت أنه لا يرثه إذا مات ، فإن أسلم النصراني ثم مات ورثه مولاه المسلم لأن الإنعام عليه ثابت له ، وإنما كان يمنعه ميراثه مباينته له في ملته فإذا أسلم زال المنع كالنسب .

فصل [٩ - إذا مات النصراني المعتق] :

وإذا مات النصراني المعتق وترك مولاه المسلم الذي أعتقه وورثته من أهل دينه ، فعنه في ذلك ثلاث روايات [١] : إحداهما أنه لا يرثه سيده الذي أعتقه ولا أحد من قرابته ويكون ماله فيئا لجماعة المسلمين ، والثانية أنه يرثه ولده دون غيرهم من أقاربه ، والثالثة يرثه جميع ورثته .

فوجه الأولى أن سيده إنما لم [٢] يرثه لمباينته له في الملة [٣] والميراث موضوع على تساوي الحرم فلم يجز أن يرثه ورثته من أهل دينه لأن حرمته أعلى من حرمتهم لثبوت ولاء المسلمين عليه[٤] .

ووجه الثانية أن ولدهم [٥] هو موالى سيده الذي أعتقهم فكان حكمهم حكمه في كونهم على ملته وعلى مثل حرمته وثبوت الولاء عليهم لسيده فلذلك

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٧٨٥ ، المدونة :٣/ ٧٥ ، الكافي : ٥١٣ .

(٢) في م : أيضاً .

(٢) في م : مثله .

(٤) في ق : المسلم عليهم .

(٥) في م : والده .

اختصوا بميراثه دون سائر أقاربه ، ووجه الثالثة أن جميع ورثته بمنزلته في الحرمة والدين فورثوه اعتبارا بسائر أهل ملته ، وعنه رواية أخرى أنه يرثه ولده ووالده خاصة لأنه ليس في القرابة ما يوازي الأبوة والبنوه والثالثة أصح .

فصـل [١٠ - إذا أذن السيد لعبده في أن يعتق عبدا له فالولاء للسيد] :

إذا أذن السيد لعبده في أن يعتق عبدا له فالولاء للسيد فإن أعتق العبد لم يرجع الولاء له ، و كذلك المدبر ، وأم الولد إذا أعتقا بإذن سيده ، وإذا أذن لمكاتبه أن يعتق فأعتق فالولاء للسيد ما دام المكاتب لم يعتق فإن أعتق عاد الولاء إليه [(١)] والفرق بين المسألتين أن لسيد العبد انتزاع ماله فإذا أذن له أعتق ، وليس هو من أهل الولاء في تلك الحال كان السيد كأنه هوالذي أعتق فيكون الولاء له ، وإذا ثبت الولاء في جهة الحر [(٢)] لم يجز انتقاله بعد ثبوته إلى جهة أخرى .

وأما المكاتب فسيده ممنوع من انتزاع ماله لما ثبت له من عقد الحرية فإذا أذن له في العتق كان عتقه مراعى فإن مات أو عجز تقرر الولاء لسيده ، فإذا أدى وعتق ثبت أن الولاء ثابت له وكذلك لو أعتق بغير إذن السيد فلم يعلم السيد حتى أدى المكاتب وعتق فإن الولاء للمكاتب لأنه إنما كان ممنوعا من الإعتاق لحق السيد فإذا زال حق السيد عنه بعد عتقه وتقرر الولاء له فإن علم السيد قبل أن يعتق المكاتب بالأداء فله أن يرد عتقه فإن رده بطل وعاد العبد رقا ولم يلزم المكاتب إذا أعتق أن يعتقه بعد ذلك .

فصـل [١١ - في جر الولاء] :

جر الولاء ثابت عند كافة أهل العلم [(٣)] لاخلاف فيه [(٤)] ، إلا مايحكى عن رافع بن خديج ، وصفته أن يتزوج عبد معتقة فيولدها فإن ولاء ولدها منه

---

(١) انظر الموطأ :٢/٧٨٣ ، المدونه : ٣/ ٧١، التفريع : ٢/ ٢٧ ، الكافي : ٥١٣ .

(٢) في ق : الحرم .

(٣) في م : العلماء .

(٤) انظر المغنى : ٦/ ٣٦١ ، فتح الباري : ١٢/ ٣٧ .

لمواليها الذين أعتقوها فإن أعتق العبد جر ولاء ولده إلى مواليه الذين أعتقوه ولو تزوج حرة لا ولاء عليها كان بقية ميراث الولد بعد حصة أمه للمسلمين وإذا أعتق العبد رجع [1] إلى مواليه وكذلك الجد فيجر الولاء أيضاً بجر الولاء ما دام الأب عبداً فإذا أعتق العبد عاد الولاء إليه .

والأصل في جر الولاء الاجماع لما روي أن الزبير بن العوام مر بفتيه فسأل عنهم فقيل هم موالى رافع بن خديج وأبوهم عبد للحرة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لهم انشبوا إلى فأنا مولاكم فقال رافع : بل هم موالى أنا أعتقت أمهم فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى بالولاء للزبير ، [2] ، ولم يخالف عليه أحد ، ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه ، ووجهها [3] أنها لعدم إمكان ذلك من جهة الأب بدليل أنه لو أمكن ذلك في الابتداء لم ينسب إلى الأم ، ولأنه إذا عاد إمكانه في ولد الملاعنه عاد الانتساب إلى الأب وإذا ثبت ذلك ثم كان غير ممكن في هذا الموضع لرق الأب فيجب إذا زال المعنى المانع أن يزول ما امتنع لأجله ، ويعود النسب إلى الأب .

فصــل [١٢ - الجد كالأب في جر النسب] :

وإنما قلنا إن الجد كالأب في ذلك لأن النسب يرجع إليه فصح جره للنسب كالأب وبذلك فارق الأخوة والعمومة وسائر العصبات .

فصــل [١٣ - في ولاء ولد الملاعنة المعتقة] :

وولد الملاعنة المعتقة ولاؤه لموالي أمه فإن أعترف به الأب عاد إليه أو إلى مواليه إن كان معتقا على ما بيناه [4] .

---

(١) في م عاد .

(٢) الموطأ : ٧٨٣/٢ .

(٣) في م : ووجهتها .

(٤) انظر الموطأ :٧٨٢/٢ ، التفريع :٢٧/٢ ، الكافي : ٥١٢ .

فصــل [١٤ - عدم ثبوت جر الولاء فيمن مسه رق] :

ولا يثبت جر الولاء فيمن مسه رق مثل أن يتزوج عبد أمه فتحمل ثم تعتق فإن الولد يكون حراً بحرية أمه وهو حر [(١)] وولاؤه لموالي أمه وهم مواليه [(٢)] لأن عتقه ثبت من جهتهم فإن أعتق العبد لم يجر ولاء الولد لأن ولاءه قد تقرر [(٣)] وثبت لمن أعتق أمه فلا يجوز نقله كالنسب والولاء هاهنا مباشر ليس طريقه الجر فلم يجز نقله .

فصــل [١٥ - في الولاء الذي ترثه النساء] :

قد بينا أن النساء لا يرثن ولاء ما أعتقه غيرهن لأنه لا تعصيب فيهن فإذا ثبت ذلك فالولاء الذي يرثنه هوالمباشر أو ما كان في حكم المباشر ولا يكون ذلك إلا في ثلاث مواضع .

أحدهما أن تعتق عبدا فيموت ولا وارث له فيكون ولاؤه لها ميراثاً .

والثاني أن يترك هذا العبد أولادا من أمة أو معتقة فيكون الولاء لمعتقته إما ابتداء[(٤)] وإما جرا .

والثالث أن يعتق هذا العبد عبدا إما في حال رقه بإذنها فيكون الولاء لها ابتداء أو بعد عتقه فيموت العبد الأول المعتق ويبقى الثاني فيرث معتقه الأول ولاء هذا العبد الثاني [(٥)] .

---

(١) في ق : حمل .

(٢) انظر الموطأ : ٧٨٣/٢ ، التفريع : ٢٦/٢ ، الكافي : ٥١٢ .

(٣) في م : قد تقدم .

(٤) في ق : أو .

(٥) أنظر الموطأ : ٧٨٤/٢ ، المدونة : ٨٢/٣ ، التفريع : ٢٦/٢ ، الكافي : ٥١٢.

فصـــل [١٦ - في أن المرأة ترث ولاء ما باشرت عتقه] :

وإنما قلنا إنها ترث ولاء ماباشرت عتقه ،لقوله ﷺ « الولاء لمن أعتق [١] » وهذا عام ، ولأنه شخص حر معتق عن نفسه فكان الولاء له كالرجل .

فصـــل [١٧ - في أن المرأة تجر ولاء ولد أو عبد إن اعتقها عبدها الذي اعتقته] :

وإنما قلنا إنها تجر ولاء ولد أو عبد إن اعتقه عبدها الذي اعتقته لأن ذلك يرجع إلى إعتاقها وإنما يمتنع أن ترث ما أعتقه غيرها [٢] ولأن كل من ورث ولاء ما أعتق مباشرة ورث ما حدث عنه كالرجل والله أعلم .

* * *

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) في م : ولكن .



كتاب المكاتب [1]

الأصل في جواز الكتابة [2] قوله تعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ [3] وقوله ﷺ « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » [4] ولأن ذلك كان متعارفاً قبل الإسلام وأقره النبي ﷺ على ما كان من الجواز في الجملة وعملت به الأئمة [5] والسلف .

فصـل [١ - في عدم إجبار السيد على كتابة عبده] :

لا يجبر السيد على كتابة عبده [6] خلافا لداود في قوله إنه يجبر [7] إذا سأله أن يكاتبه بقيمته أو بأكثر [8] ، لأن الأصل في الكتابة المنع والحظر لأنها غرر وذلك أن العبد يؤدى المال على أنه إن أدى عتق وإن عجز عاد رقا وزال ملكه عما كان أداه لأن السيد يبيع ماله بماله لأن العبد وماله ملك للسيد وذلك

---

(١) الكتابة : مشتقة من الكتاب أي الأجل المضروب ، وفي الاصطلاح : الكتابه عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه (حدود ابن عرفه : ٥٢٤).

(٢) انظر الموطأ : ٢/٧٨٧ ، المدونة : ٣/٢ ، التفريع : ٢/١٣ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢٠ ، المقدمات : ٣/١٧١ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٣٣ .

(٤) أخرجه أبو داود في العتق باب في المكاتب يؤدي بعض كتابة فيعجز أو يموت : ٤/٢٤٣ ، وابن ماجه في العتق باب المكاتب : ٢/٨٤٢ ، والحاكم : ٢/٢١٧ وقال صحيح الإسناد .

(٥) في ق : الأمة .

(٦) أنظر التفريع : ٢/١٣ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٧) في م : يخير .

(٨) انظر المحلى : ١٠/٢٥٧ ، المغني : ٩/٤١١ .

إضاعة وإتلاف إلا أنه [1] جوز في الشرع رفقا بالعبد وحرمة للعتق والخروج من الرق ، والأمر إذا صدر بعد الحظر كان على الإباحة دون الوجوب [2] ولم يكن أمراً على الحقيقة ولأن صيغته صيغة الأمر ، واعتبارا به إذا سأله أن يكاتبه بدون قيمته وإذا سأله بيعه من غيره ، ولأن السيد لا يجبر على بيع عبده إذا سأل[3] العبد ذلك اعتباراً بسؤاله بيع غيره من أملاكه .

فصل [٢ - في إجبار السيد عبده على الكتابة] :

فأما إجبار السيد عبده على الكتابة : فقيل للسيد ذلك وقيل ليس له ذلك [4] فوجه إثباته أنه لما كان للسيد أخذ ماله وإجباره على التكسب من غير عقد عتق يحصل له كان بأن يكون له ذلك مع النفع للعبد بحصول العتق أولى ،ووجه نفيه أنه إجبار على معاوضة في حق نفسه لالحق السيد فلم يكن له ذلك أصله إجباره على شراء طيب يتطيب [5] به .

فصل [٣ - في كون الكتابة جائزة على ما يعقدانه عليه] :

الكتابة جائزة على ما يعقد أنها عليه من قيمة العبد أو أقل أو أكثر مما يقع التراضي بها [6] لأنها عوض عى رقبته فجازت بالقليل والكثير مما يتفقان عليه كبيعه من غيره ، ولأن الكتابة إما أن يكون بيع العبد من نفسه بالعوض أو عتقا[7] بصفة أدائه ، وأي ذلك كان فلا يقضي قدراً مخصوما ولا إجبار أحدهما الآخر على مقدار معين بل هو على التراضي .

---

(١) في ق : لأنه .

(٢) في م : الموجب .

(٣) في ق و ر : شاء .

(٤) انظر الموطأ : ٢/٧٨٩ ، التفريع : ٢/١٣ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٥) في ق : يتطهر .

(٦) انظر المدونة : ٣/٣ ، التفريع : ٢/١٣ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافى : ٥٢٠ .

(٧) عتقا : سقطت من ق .

فصل [٤ - في كون الكتابة منجمة] :

الظاهر من قول مالك أن الكتابة تكون منجمة [١] وليس عنه نص في الكتابة الحالة ومحققو أصحابنا يقولون إنها جائزة ،[٢] خلافاً للشافعي ،[٣] لأنها عتق بعوض فجازت مع تعجيله وتأجيله أصله بيع العبد من نفسه ، ولأن الأجل غير مستحق في عقد الكتابة كالثالث والرابع ، ولأنه عقد بعوض فجاز كالمنجم.

فصل [٥ - في عدم عتق المكاتب إذا ما بقي عليه شيء من الكتابة] :

لا يعتق المكاتب ما بقي عليه شيء من الكتابة قل أوكثر [٤] خلافاً لما يحكي عن قوم من السلف [٥] وذلك لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقى عليه شيء من كتابته درهم » [٦] ولأن الكتابة عتق بصفة الأداء فمتى لم [٧] يحصل الأداء لم يحصل العتق ، ولأن عتق الإنسان جزأ من عبده باختياره مبتدءاً يوجب عليه تكميله وتتميمه الحرية في باقيه ، فلو قلنا إنه معتق منه بقدر ما أداه لوجب أن يعتق الباقي بالسراية أو بالحكم سواء أدى باقي الكتابة أو لم يؤد ، وفي فساد ذلك دلالة على أنه لا يعتق إلا بأداء الجميع .

---

(١) منجمة : أي مؤجلة لأن التنجيم التأجيل بأن يقول السيد لعبده تدفع إلى كل نجم بعد شهرين أو ثلاثة (الفواكه الدواني : ٢/ ١٥٠) .

(٢) انظرم التفريع : ٢/ ١٣ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٣) انظر مختصر المزني : ٣٢٤ ، الإقناع : ٢٠٧ .

(٤) انظر الموطأ ٧٨٢/٧٨٧ ، التفريع : ٢/ ١٣ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٥) يحكي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعي وابن مسعود وقضى به شريح (المغني : ٩/ ٤٢٠) .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة : ١٤٦٣ مع اختلاف يسير في اللفظ .

(٧) في ق : فمالم .

فصـل [٦ - استحباب وضع السيد عن المكاتب شيئاً من آخر كتابته] :

يستحب للسيد أن يضع عن المكاتب شيئاً من آخر كتابته على قدر ما تطيب به نفسه [١] ، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ [٢] فجاء في أكثر التفاسير أنه وضع شيء من الكتابة [٣] ، ولأن في ذلك رفقاً بالعبد وحسن معاملته فكان مندوباً إليه ، وليس ذلك بواجب خلافاً للشافعي [٤] لقوله ﷺ : « لا يحل مال أمرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » [٥] ، ولأنه عقد معاوضة على رقبة العبد كبيعه من أجنبي ولأن الواجبات على ضربين مقدر بالنص وموكول إلى الاجتهاد في الكفاية وما تنازعناه خارج عن هذين الموضوعين [٦] لأنه موكول إلى الإرادة والإختيار وليس ذلك في الأصول .

فصـل [٧ - في جواز مكاتبة العبد الذي لاحرفه له] :

وتجوز مكاتبة العبد الذي لا حر فة [٧] له لأنه يمكنه التعرض لوجوه المكاسب من الخدمة وغيرها ويكره ذلك في الأمة لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال لا تكلفوا الأمة الكسب فتكسب بفرجها .

فصـل [٨ - فيما يتبع العبد المكاتب] :

وإذا اعتق المكاتب بالأداء تبعه ماله [٨] لأن الكتابة معاوضة عن النفس والمال

---

(١) انظر المدونة : ٣/٦ ، التفريع : ٢/١٧ ، الكافي : ٥٢٦-٥٢٧ .

(٢) سورة النور ، الآية : ٣٣ .

(٣) انظر تفسير الطبري : ١٨/١٢٩- ١٣٠ .

(٤) انظر مختصر المزني : ٣٢٤ - الإقناع: ٢٠٨ .

(٥) أخرجه الدارقطني : ٣/٢٦ ، والبيهقي : ٦/ ١٠٠ وأبو يعلى وإسناده جيد (نصب الراية : ٤/١٦٩) .

(٦) الموضعين : سقطت من م .

(٧) انظر المدونة : ٣/١٤ ، التفريع : ٢/ ١٤ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٨) انظر الموطأ : ٢/٧٨٩ ، التفريع : ٢/ ١٤ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢١ .

ألا ترى أن السيد ممنوع من التعرض [1] لما له بانتزاع أو غيره ، فإذا صح ذلك كان تابعا له فأما ولده فلا يتبعه إذا كان قبل عقد الكتابة لأنهم ليسوا بملك له فإذا صح ذلك [2] ، وإنما هو ملك للسيد فلا يتبعوا آباهم كما لا يتبعه سائر عبيد السيد إلا أن يشترطهم فيتبعونه بالشرط لا بالعقد ويصير السيد كأنه كاتب عدة عبيد له كتابة واحدة ، وهذا إذا كانوا قبل عقد الكتابة (فأما إن حدثوا بعد عقد الكتابة) [3] فإنهم يتبعونه من غير شرط لأن كل حكم ثبت للأب ثبت للولد بملك اليمين من الحرية والرق ، فأما ولده من زوجته فلا مدخل له في هذا الباب لأنه تابع لأمه .

فصل [٩ - فيما يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة] :

كل ما جاز أن يكون ثمنا في البياعات وأجرة في الإجارات جاز أن يكون عوضا في الكتابة [4] لأنه عقد معاوضه كالبيع وغيره ، وتجوز الكتابة على الوصفاء [5] من العبيد والإماء وإن لم يوصفوا ويكون له الوسط منهم في ذلك الموضع لأن المقصود منها الرفق وإكمال حرمة الحرية دون محض العوض كالمهر في النكاح .

فصل [١٠ - فيما إذا كاتبه وله أمة حامل] :

وإن كاتبه وله أمة حامل تبعته الأمة ولم يتبعه الولد فإذا وضعت فالولد للسيد والأمة للمكاتب علم بحملها أم لا لما ذكرناه [6] لأن الأمة ماله فيتبعه ولأن

---

(١) في ق : العريض .

(٢) فإذا صح ذلك : سقطت من م .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) انظر المدونة : ٣/٣ ، التفريع : ١٣/٢ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٥) الوصفاء : جمع الوصيف وهو العبد .

(٦) انظر الموطأ : ٧٨٩/٢ ، المدونة : ٢٩/٣ ، التفريع : ١٤/٢ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢١ .

الولد ليس بمال له بل هو ملك لسيده ، ويمنع المكاتب من بيعها إذا قلنا إنها لا تكون أم ولد بعد العتق حتى تضع فإذا وضعت كان له بيعها إذا شاء لأنه إن باعها حاملاً فالولد داخل معها في البيع وهو ملك غيره ، وإن استثني لم يجز لأن استثناء الحمل في البيع [1] مبطل له فوجب لذلك الوقوف عليها إلى أن تضع .

فصل [١١ - في جواز بيع كتابة المكاتبة] :

يجوز بيع كتابة المكاتبة [2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [3] ، لأن بيع الديون في [4] الذمم جائز بدليل جواز المصارفة على الذهب الذي في الذمة (بالورق وعلى الورق الذي في الذمة) [5] بالذهب قبل قبضه ، ولأنه لما جاز بيع العروض الحاضرة بالأثمان الغائبة جاز بيع الديون الغائبة بالعروض الحاضرة ، ولأنه عقد معاوضة أحد طرفيه دين والآخر عين فكان مباحاً اعتباراً ببيع العين الحاضرة بالعين [6] الغائبة .

فصل [١٢ - إذا كانت الكتابة ذهبا أورقا أو عروضا كيف يجوز بيعها] :

إذا ثبت ذلك فإن كانت الكتابة ذهبا أو ورقاً جاز بيعها بعرض معجل وإن كانت عروضا فبذهب أو ورق معجلة أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل ، وإنما أوجب ذلك لأنها لو بيعت[7] وهي ذهب أو ورق بذهب أو ورق[8] دخل

---

(١) في البيع : سقطت من م .

(٢) انظر الموطأ : ٧٩٨/٢ ، المدونة : ١٨/٣ ، التفريع : ١٤/٢ .

(٣) انظر حاشية ابن عابدين : ١٠٣/١ ، و ٥/٤ ، مختصر المزني : ٣٢٨ .

(٤) الديون في : سقطت من م .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

(٦) في م : بالدين .

(٧) في م : تبعت .

(٨) أو ورق : سقطت من ق .

ذلك التأخير وبيع غائب بناجز وذلك ممنوع ،وإن بيع بعرض مؤخر كان دينا بدين، وإن بيعت وهي عروض بعروض من جنسها أكثر مما حصل منه عرض بعرضين من جنسه إلى أجل وذلك ممنوع فلم يبق إلا ما قلناه .

فصل [١٣ - إذا بيعت كتابة المكاتب من العبد] :

وهذا كله إذا بيعت من غير العبد ، فأما إذا بيعت من العبد نفسه فلا معتبر بذلك كله وله أن يبيعها منه كيف شاء فينقله من ذهب إلى ورق ومن ورق إلى ذهب ومن عروض إلى عروض من جنسها [١] ومن غير جنسها لأن تقدير بيعها من العبد إنما هو ترك ما كاتب [٢] عليه والعدول إلى مال معجل واستئناف كتابة أخرى غير الأولى ولا خلاف من قولنا إن للمكاتب أن ينقل نفسه من كتابه إلى كتابة أخرى [٣] .

فصل [١٤ - في بيع الجزء من الكتابة] :

وفي بيع الجزء من الكتابة روايتان [٤] : إحداهما المنع والأخرى الجواز .

فوجه المنع أن ذلك يؤدي إلى المكاتب كتابته أداءين مختلفين أحدهما إلى السيد بعقد كتابته والأخرى إلى مبتاع الجزء [٥] من كتابته وذلك غير جائز على أصله.

ووجه الجواز اعتباراً بسائر المبيعات لأن كل بيع مقصود في نفسه فإذا جاز بيع كله جاز بيع جزئه وكذلك الكتابة .

---

(١) في م : ومن جنس غيرها .

(٢) في ق : ما كانت عليه .

(٣) أخرى : سقطت من م .

(٤) انظر المدونة : ٣/١٨ ، التفريع : ٢/١٤ ، الكافي : ٥٢٦ .

(٥) الجزء من : سقطت من ق .

فصـل [١٥ - في عدم جواز بيع نجم من نجومه] :

ولا يجوز بيع نجم من نجومه [١] لأن ما يقابل النجم من رقبة المكاتب مجهول عند عقد البيع المنجم [٢] فلم يجز ، فإذا ثبت ما ذكرناه نظر فإن أدي الكتابة إلى مبتاعها من سيده لأعتق كما لو أداها إلى سيده عتق لأن الصفة التي علق العقد عليها هي الأداء فدخلت [٣] ، ولأن المشتري قائم مقام السيد ، ويكون ولاؤه للسيد الذي عقد كتابته لأن عتقه من جهته بما عقد له ، وإنما ابتاع المشتري ما على المكاتب دون رقبته بعد ثبوت الولاء للسيد ، والولاء لا يصح نقله بعوض ولا بغير عوض على ما قدمناه وإن عجز رق وكان ملكاً لمشتري كتابته لأنه قائم مقام سيده وقد ثبت أنه لو عجز قبل بيع السيد كتابته رق له وكذلك عجزه عند مشتريها ، وإن مات قبل تمام الأداء عن مال ولم يترك ولدا كانت عليهم كان المال المشتري كتابته عند سيده وإذا جاز بيع كتابة المكاتب جاز هبتها والوصية بها ثم الحكم فيها على ما ذكرناه .

فصـل [١٦ - في كون المكاتب أحق بشراء مكاتبته] :

والمكاتب أحق بشرائها استحساناً لحرمة العتق وإزالة الضرر عنه بدخول من لم يعهد معاملته عليه [٤] والقياس غيره ، وهذا إذا بيعت كلها فإن بيع بعضها لم يكن أحق بها [٥] لأنه ليس له أن يعجل لبعض ساداته حقه دون الباقين لأن ذلك يؤدي إلى عجزه ، ولأنهم شركاء في كتابته ومتساوون في قبضها منه فليس لبعض أن يختص بتعجيل حقه منها من غير إذن شركائه كسائر الديون المشتركة .

---

(١) انظر الموطأ : ٧٩٧/٢ ، التفريع : ١٤/٢ ، الكافي : ٥٢٦ .

(٢) في م : للنجم . (٣) في م : قد حصلت .

(٤) عليه : سقطت من م .

(٥) انظر الموطأ : ٧٩٧/٢ ، التفريع : ١٤/٢ ، الكافي : ٥٢٦ .

فصـل [١٧ - في تعجيل الكتابة] :

إذا عجل المكاتب كتابته لم يكن للسيد الامتناع من أخذها لأن الأجل حق له ورفق به فإذا رضي باسقاطه كان له ذلك فإن كان السيد شرط عليه مع الكتابة سفراً أو خدمة فعجل الكتابة فهل يسقط عنه ما شرط عليه أم لا ففيها روايتان : إحداهما سقوطه والأخرى ثبوته [١] .

فوجه سقوطه أنه تابع للكتابة فإذا تعجلت سقط ما يتبعها .

ووجه ثبوته أنه بعض العوض في عتق الرقبة فلم يسقط عنه كالكتابة فإذا قلنا إنه لا يسقط فيخرج ما يلزمه علي روايتين : إحداهما أنه يؤديه بعينه ، والأخرى يؤدى قيمته ، ومن أصحابنا من يقول إن كانت خدمة أو منفعه سقطت وإن كانت نوعاً آخر من المال لزم ولم يسقط .

فصـل [١٨ - إذا مات المكاتب وترك ولد معه في الكتابة] :

وإذا مات المكاتب وترك [٢] ولدا معه في الكتابة إما بالولادة أو بالشرط وترك ما لا لم تنفسخ الكتابة [٣] ، خلافاً للشافعي [٤] لأن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلين معه في العقد بالشرط والولادة بصفة أداء المال إليه فلم يكن للسيد فسخ العقد في حقهم كما لم يكن له ذلك في حق العبد نفسه ولم يكن له أيضاً فعل [٥] ما يؤدي إلى ذلك من انتزاع المال فيه .

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٨٠٠ ، التفريع : ٢/ ١٧ ، الكافي : ٥٢٠ .

(٢) في م : ولم يترك .

(٣) انظرم الموطأ : ٢/ ٨٠١ ، المدونة : ٣/ ٣٥ - ٣٦ ، التفريع : ٢/ ١٥ ، الرسالة : ٣٢٤ ، الكافي : ٥٢٤ .

(٤) انظر الإقناع : ٢٠٨-٢٠٩ ، المهذب : ٢/ ١٨ .

(٥) فعل : سقطت من ق .

فصل [١٩ - إن كاتب على نفسه وحده] :

إذا ثبت أن العقد لا يبطل بموته ، و إنما ذلك إذا كان معه ولد داخل في الكتابة لأنه إن كاتب [(١)] على نفسه وحده ومات ولا ولد معه في كتابته أو كان ولده أحراراً أو مماليك لغير سيده ، أو مكاتبون كتابة منفرده عن كتابته فإن العقد يبطل والمال الذي يتركه للسيد، خلافا لأبي حنيفة في قوله إن ولده الأحرار يقومون [(٢)] مقامه ويرثونه ،[(٣)] لأن المواريث موضوعة على تساوي الحرم وهذا مات مكاتباً لا عبدا على الإطلاق ولا حرا بل مكاتباً له حكم مخالف لحكم الحر ولحكم العبد فلم يرثه ولده الأحرار ولا العبيد وورثه من شركه في عقد الكتابة .

فصل [٢٠ - إذا ترك ولدا معه في الكتابة ولم يكمل نجوم الكتابة] :

وإذا ترك ولداً معه في الكتابة فينظر : فإن كان في المال الذي خلفه وفاء أديت الكتابة حالة، وعتقوا وورثوا الباقي [(٤)] .

وإنما وجب أداء المال لأن فائدة إيقافه العقد مع بطلانه بموت العبد أن يحصل الأداء فيعتق ولده ، ولأنه لما كان العتق لازما في حقهم كلزومه في حق أبيهم لزمهم الأداء كما كان لازما لأبيهم .

وإنما قلنا إنه تؤدى حالا فلأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه ، وإنما عتقوا عند الأداء بحصول الصفة التي عتقهم معلق بها ، ولأن الاب لو كان حيا وأدى المال لعتق كذلك الولد .

---

(١) في م : كانت .

(٢) في ق : يقيمون .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ٣٨٦ - ٣٨٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٣١/١٣ .

(٤) الموطأ : ٨٠١/٢ ، المدونة : ٣٥/٣ ، التفريع : ١٥/٢ ، الرسالة : ٢٢٤ - ٢٢٥، الكافي : ٥٢٤ - ٥٢٥ .

وإنما قلنا إنهم يرثون ما بقي لمساواتهم الأب في الخدمة على ما قدمناه ، وهذا إذا ترك ما فيه وفاء ، أما إن ترك دون الوفاء فإن كان الولد كباراً يقدرون على السعي وقالوا نحن نسعى وتؤدي بقية المال في نجومه لزم ذلك السيد لأنهم يقومون مقام أبيهم والعقد ثابت لهم كما كان ثابتاً لأبيهم ، فإن كانوا صغاراً لافضل فيهم للسعي فينظر [1] فإن كان في المال أداء [2] أدى على نجومه إلى وقت بلوغهم فإنه يؤدي وذلك لأنهم غير عاجزين مع القدرة على الأداء ثم إذا بلغوا نظر : فإن أمكنهم السعي في البقية وإلا رقوا .

وإن لم يكن لهم في المال فضل للنجوم إلى أن يبلغوا السعي رقوا لعجزهم ولم يلزم السيد انتظارهم إلى وقت البلوغ كما لا يلزمه انتظار العبد إذا عجز إلى أن يكسب مالا يؤدي منه ، وعلى أي وجه كان فلا يلزم السيد أن يحفظ عنهم شيئاً من الكتابة بموت أبيهم لأن عتقهم معلق بصفة وهي أداء جميع الكتابة فما لم يحصل فالعتق غير واقع .

فصـل [٢١ - في توريث إخوة المكاتب في كتابته] :

وإذا كان مع المكاتب في كتابته من قراباته إخوة أو غيرهم فعنه في تو ريثهم منه روايتان [3] : إحداهما أنهم يرثونه كالولد ، والأخرى أنه لا يرثه إلا ولده دون سائر أقاربه ، فوجه الأولى إن كان من ورثه بعض ورثته بنسب أو بسبب ورثه جميعهم كالحر ، ولأنهم مساوون له في الحال والحرية فكان التوارث ثابتا بينهم وبينه كالولد ، ووجه الثانية أن الولد يدخلون معه في كتابته إذا حدثوا بعد عقدها فاختصوا لذلك بميراثه دون سائر القرابة [4] .

---

(١) في م : نظر .

(٢) في ق : فضل .

(٣) انظر الموطأ : ٢/٨٠١ ، التفريع : ٢/١٥ ، الكافي : ٥٢٤ .

(٤) في م : قرابته .

فصل [٢٢ - حكم كتابة الجماعة كتابة واحدة] :

يجوز أن يجمع السيد جماعة من عبيده في كتابة واحدة[١] خلافا للشافعي في أحد قوليه [٢] لقوله عز وجل : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ [٣] ولم يفرق ، ولأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال كما لو أفردهم لأن البدل معلوم في الجملة وإن لم يوقف على تقسيطه في الحال كما لو باع ثلاثة أعبد بألف درهم لجاز وإن لم يعلم قسط كل واحد .

فصل [٢٣ - عدم عتق الجماعة في كتابة واحدة إلا بأداء جميع المال] :

ولا يعتقون إلا بأداء جميع المال [٤] خلافا للشافعي في قوله أن من أدى منهم بقدر نصيبه يعتق [٥] ، لأن عقد الكتابة وقع عقداً واحداً فلم ينفرد به بعضهم دون بعض أصله كتابة العبد الواحد أنه إذا أدى بعضها لم يعتق منه بقدر ما أدى .

فصل [٢٤ - لزوم كل واحد من جماعة في كتابة واحدة بقدر قوته] :

ويلزم كل واحد بقدر قوته في السعي وما يطيقه وبعضهم حملاء عن بعض إذا أدى الكتابة واحد منهم عتق الكل ورجع المؤدي على الباقين بقدر ما يحتمل [٦] كل واحد منهم ممن فيه فضل للسعي (وليس للسيد أن يبتدىء إعتاق واحد منهم)[٧] لأن في ذلك تعجيز الباقين لتقويتهم بسعيه معهم .

---

(١) انظر الموطأ : ٢/٧٩٢ ، التفريع : ٢/١٦ ، الرسالة : ٢٢٤ .

(٢) انظر مختصر المزني : ٣٢٤ ، المهذب : ٢/١٨ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٣٣ .

(٤) انظر الموطأ : ٢/٧٩٢ ، التفريع : ٢/١٦ ، الرسالة : ٢٢٤ .

(٥) انظر مختصر المزني : ٣٢٤ ، المهذب : ٢/١٨ .

(٦) في م : ما يحمل .

(٧) ما بين قوسين سقط من ق .

فصـل [٢٥ - إذا طالب المكاتب تعجيز نفسه] :

وإذا طلب المكاتب تعجيز نفسه وأبى عليه السيد وله قدرة على الأداء لم يكن له ذلك [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لأن الكتابة عقد يتضمن تسمية العوض فإذا رضي به العبد والتزمه [١] لم يكن له أن يرجع عنه من غير عذر كسائر العقود، ولأنه لما لم يكن للسيد الرجوع لأن في ذلك إسقاط حق العبد في حق عقد ثبت تراضيهما واجتماعهما عليه فكذلك العبد .

فصـل [٢٦ - إذا كان لطالب تعجيز نفسه ولد] :

فإذا أجابه السيد إلى ذلك فكان [٤] العبد له ولد فليس لهما ذلك ، لأنه قد تعلق بهذا العقد حق لغيرهما وهو الولد الذي يعتق بالكتابة إذا أديت فإذا أعجز العبد نفسه كان في ذلك إسقاط حق الولد من العقد ورده إلى الرق وليس ذلك له لأن الإنسان يملك من إسقاط حق نفسه مالا يتعدى إلى إسقاط حق غيره.

فصـل [٢٧ - إذا لم يكن لمن طلب تعجيز نفسه ولد] ك

وإن لم يمكن له ولد ففي روايتان : إحداهما جواز ذلك والأخرى منعه .

فوجه الجواز أن الحق في عقد الكتابة لا يتعداهما فإذا تراضيا على فسخه جاز كتقابل المتبايعين ، وإنما الممنوع ما يتعدى إلى إسقاط حق غيرهما .

ووجه منعه أنه يؤدى إلى إبطال حق الله تعالى من العتاقة التي قد التزمها عقدها ، وليس لأحد أن يرد نفسه إلى الرق بعد عتقه أو ثبوت عقده .

---

(١) انظر المدونة : ٣/١١ ، التفريع : ٢/١٣ -١٤ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢٥ .

(٢) انظر مختصر المزني : ٣٣١ ، الإقناع : ٢٠٧ ، المهذب : ٢/١٤ .

(٣) في ق : ألزمه .

(٤) في م : فإن كان .

فصـل [٢٨ - إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه] :

وأما إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه وللسيد تعجيزه [١] لأنه ليس في ذلك إبطال حق أحدهما من غير رضاه ولا إبطال حق الله تعالى لأنه لم يعد بضرر على أحدهما .

فصـل [٢٩ - الحمالة بكتابة العبد] :

الحمالة بكتابة العبد غير جائزة [٢] لأنها لو لزمت للزم أداؤها على نجومها، ولو فعل ذلك فعجز المكاتب لم يقدر الحميل أن يرجع بما أداه عن العبد عليه ولا على السيد فيكون ذلك من أكل المال بالباطل .

فصـل [٣٠ - في تصرفات المكاتب] :

ليس للمكاتب أن يهب شيئاً من ماله ولا يتصدق به ولا ينكح ولا يسافر إلا بإذن سيده [٣] لأن في هبته ماله ومحاباته ما يؤدي إلى عجزه ، وكذلك في نكاحه لأنه يلزمه مهر ونفقة .

وأما السفر فإن كان قريبا جاز لأن حكم القريب حكم الحاضر ، ولأنه محتاج إلى التصرف والتكسب لأداء ما عليه من الكتابه ، وأما البعيد فللسيد منعه منه لأن فيه تغرير بنفسه وإضرار بسيده .

فصـل [٣١ - في منع السيد من انتزاع مال المكاتب] :

وليس للسيد أن ينتزع ماله [٤] ما دام على كتابته [٥] لأن في ذلك إبطالا لعقد الكتابه فليس له ذلك لأنه إذا لم يكن له تعجيزه لم يكن له ما يؤدي إليه .

---

(١) انظر المدونة : ٣/١١ ، التفريع : ٢/١٣ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢٥ .

(٢) انظر الموطأ : ٢/٧٩١ ، المدونة : ٣/٢٦ ، التفريع : ٢/١٦ ،

(٣) انظر المدونة : ٣/١٧ ، التفريع : ٢/١٧ ، الرسالة : ٢٢٤ .

(٤) في ق : وليس له أن ينتزع ماله .

(٥) انظر التفريع : ٢/١٧ ، الرسالة : ٢٢٤ ، الكافي : ٥٢١ .

فصل [٣٢ - جواز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء] :

يجوز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء وإن دخله وضع وتعجيل وغير ذلك مما يمنع منه في البيع [١] ، ولأنا قد بينا أن ذلك انتقال من كتابة إلى كتابة [٢] وعدول عما وقع عليه الأول ، ويفارق ذلك البيع لأن الثمن فيه دين ثابت متقدر لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف ما عليه المكاتب .

فصل [٣٣ - إذا أسلم مكاتب النصراني] :

وإذا أسلم مكاتب النصراني بيعت كتابته من مسلم لأن ملكه عليه لا يجوز استدامته ولا يجوز بيع رقبته لما ثبت له من عقد الحرية [٣] فلم يبق إلا بيع كتابته .

وقال شيخنا أبو القاسم - رحمه الله - [٤] يخرج فيه رواية أخرى وهو جواز بيع رقبته بناء على قوله في أم ولده إذا أسلمت ولم يسلم هو أنها تباع وهي أعلى حرمه من المكاتب ، وقال عبد الملك بن الماجشون : يقال للكاتب إذا أسلم إن أديت الكتابة ناجزة [٥] عتقت بأدائها وإلا بيعت رقبتك وقال إسماعيل بن إسحاق مطالبة المكاتب بأداء الكتابه عليه حالة ظلم له ولا يلزمه [٦] .

---

(١) انظر الموطأ : ٧٩٢/٢ - ٧٩٣ ، التفريع ١٤/٢ ، الرسالة : ٢٢٤.

(٢) في م : عتاقه .

(٣) في ق : عقد الحرب .

(٤) رحمه الله : سقطت من ق . وأبو القاسم المقصود هو ابن الجلاب صاحب التفريع.

(٥) في م : بأجرة .

(٦) انظر المدونة : ٢٢/٣ .

فصل [٣٤ - في ولاء من أدى الكتابة إلى مبتاعها النصراني وعتق] :

إذا أدى الكتابة إلى مبتاعها وعتق فولاؤه للمسلمين ما دام السيد نصرانياً فإن أسلم عاد إليه الولاء لأن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب لأن من استحق الميراث بالنسب استحقه بالولاء ، والنصراني لا يرث بسببه وليه المسلم فلم يرث مكاتبه، فإذا أسلم ورثه لاستوائه معه في الحرية والديانة .

فصل [٣٥ - إذا أوصى لمكاتبة بكتابته] :

إذا أوصى لمكاتبه بكتابته كلها وضع في الثلث الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله وإلا بقدر ما يحمله الثلث (وإن وضع عنه بعض الكتابة ولم يحمله الثلث) [(١)] يجعل في الثلث الأقل مما وصى له به أو قدر ما قابله من رقبته ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته وكان ما بقي مكاتباً بما بقي من كتابته إن أداه عتق كله و إن عجز عنه رق باقيه [(٢)] ولم يرق ما كان عتق منه [(٣)] .

وإنما راعينا [(٤)] أقل الأمرين احتياطا للعتق ولتأكيد حرمته ، ولأن تبعيضه غير جائز وتكميله إن بعض واجب ، ولا يتوجه للورثة مقال في ذلك لأنا قد قدمنا الكتابة لكونها أقل من قيمة الرقبة فلا مقال لهم لأن السيد لم يكن يملك من المكاتب سوى الكتابة .

وإنما قلنا [(٥)] إن قومنا الرقبة لكونها أقل قيمة من الكتابة فلا مقال لهم أيضاً لأن المكاتب لو عجز عن كتابته لم يكن للسيد منه ولا لورثته سوى رقبته فلم يكن لهم اعتراض في الوجهين .

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) في م : بما فيه .

(٣) انظر الموطأ : ٢/ ٨٠٩ ، المدونه : ٣/ ٣١ ، الكافي : ٥٢٧ .

(٤) في ق : رأينا .

(٥) وإنما قلنا : سقطت من ق .

فصل [٣٦ - في حال المكاتب ما دام في كتابته] :

حال المكاتب ما دام في كتابته [١] حال عبد في جراحه وحدوده وشهادته وطلاقه وقذفه ونفي القصاص عن قاتله إذا كان حراً وغير ذلك من أحكام العبد[٢] لان الحرية لم تتقرر لإمكان أن يعجز فيعود إلى الرق ، ولأن أم الولد أكد [٣] حرمة عنه لأن الفسخ مأمون عليها وغير مأمون على المكاتب ومع ذلك فأحكامها في هذه الأشياء أحكام العبد [٤] والمكاتب أولى [٥] .

فصل [٣٧ - في منع السيد من و طء مكاتبته] :

ليس للسيد أن يطأ مكاتبته [٦] لأن عتقها معلق بأجل كتابتها فكانت كالمعتقة إلى أجل ، ولأنها قد تحمل وتصير أم ولد ولا تجوز مكاتبة أم ولد فإن وطئها ولم تحمل فهي على كتابتها لأن مجرد الولاء لا يغير حكمها ولا يوجب تنجيز عتقها فإن حملت خيرت بين فسخ الكتابة وبين كونها أم الولد والإقامة على الكتابة.

وإنما وجب ذلك لأن مكاتبة أم الولد لا تجوز بغير رضاها فلذلك [٧] كان لها فسخ الكتابة ، وإن اختارت البقاء على الكتابة كان لها ذلك لأن فيها تعجيل عتقها ، إذا أدت عتقت وإن عجزت كانت أم ولد.

---

(١) في م : الكتابه .

(٢) في م : العبيد .

(٣) في ق : أكثر .

(٤) في م : العبيد .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٧٩٥ ، التفريع : ٢/ ١٨ ، الكافي : ٥٢٣ -٥٢٤ .

(٦) انظر المدونة : ٣/ ١٦ ، التفريع : ٢/ ١٩ .

(٧) في م : فكذلك .

فصل [٣٨ - في كون جراح المكاتب في رقبته] :

جراح المكاتب وجنايته في رقبته وماله [١] والمجني عليه مبدى على السيد[٢] لأن سببه آكد وحقه أقوى فإن قدر المكاتب على أداء أرش الجناية والكتابة أداهما وبدأ بأرش الجناية [٢] وأقام على الكتابة ، وإن عجز عن ذلك بطلت الكتابة ورجع رقيقاً وخير سيده كما يخير في العبد الرق بين أفتكاكه أو إسلامه .

فصل [٣٩ - في عقل جرح المكاتب] :

وإن جرح المكاتب فعقله عقل عبد [٤] لأنه باق على الرق ما لم يكمل منه الأداء ويدفع العقل إلى سيده ولا يمكن المكاتب من التصرف فيه لأنه قد يتلفه ثم يعجز فيعود رقيقاً معيباً في جسده ، و يحتسب له بالعقل من كتابته فإن كان تمام ما عليه عتق فإن عجز تممه مما يؤديه ،وإن كان فيه فضل كان له دون السيد لأنه قد صار حرا بأداء الكتابة فوجب أن يملك عقل جنايته .

* * *

---

(١) وماله : سقطت من ق .

(٢) انظر الموطأ : ٢/٧٩٥ - ٧٩٦ ، التفريع : ٢/١٨ ، الكافي : ٥٢٤ .

(٣) في م : الجراح .

(٤) انظر الموطأ : ٢/٧٩٥ - ٧٩٦ ، التفريع : ٢/١٨ ، الكافي ٥٢٣ .

كتاب المدبر

التدبير أن يقول الرجل لعبده أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو إذا مت فأنت حر بالتدبير أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته مطلقاً على وجه الوصية ، وأما إن قال إن مت من هذا المرض أو هذا السفر فإن ذلك كالوصية يجوز له الرجوع فيه وإبطاله (١) .

فصل [١ - فيمن دبر عبده ولا دين عليه] :

ومن دبر عبده ولا دين عليه لم يجز له بيعه ولاهبته ولا نقض تدبيره بوجه ما دام حياً (٢) خلافاً للشافعي (٣) ، ولقوله عز وجل : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾(٤) ولقوله ﷺ « المدبر لا يباع ولا يوهب » (٥) ، ولأن عتقه معلق (٦) بموت سيده على الإطلاق كأم الولد .

فصل [٢ - في حكم المدبر إذا مات السيد] :

إذا مات السيد نظر فإن لم يكن عليه دين وكان له مال يخرج من ثلثه عتق في الثلث وإنما وجب عتقه لوجود الصفة التي كان العتق معلقاً عليها وهي موت

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٨١٠ ، المدونة : ٣/ ٣٧ ، التفريع : ٢/ ٩ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥١٧ ، المقدمات : ٣/ ١٨٧ .

(٢) انظر المدونة : ٣/ ٣٧ ، التفريع : ٢/ ٩ ، الكافي : ٥١٧ .

(٣) انظر مختصر المزني ٣٢٢ ، الإقناع : ٢٠٦ . (٤) سورة المائدة ، الآية : ١ .

(٥) أخرجه الدارقطني : ٤/ ١٣٨ من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر ثم قال الدارقطني لم يسنده غير عبيدة وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوفاً من قوله لا يثبت مرفوعاً (أنظر تلخيص الحبير : ٤/ ٢١٥) .

(٦) في م : يتعاين .

السيد كأم الولد [١] ، وإنما قلنا إنه يعتق في الثلث دون رأس المال خلافاً لداود [٢] ، لما رواه أبو قلابة [٣] أن النبي ﷺ : قال « المدبر من الثلث » [٤] ولأن كل عتق بعد الموت بالقول من الثلث كالموصي بعتقه ، لأن المعتق [٥] بتلافي المرض آكد [٦] حرمة من المدبر ثم يعتق من الثلث فالمدبر أولى .

فصل [٣ - إذا لم يحمل الثلث المدبر] :

وإن لم يحمل الثلث عتق منه بقدر ما يحمله ورق باقيه وكذلك لو لم يترك غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه للورثة ، ولا يجب عليه أن يسعى في فكاك رقبته خلافاً لأبي حنيفة لما بيناه في العتق .

فصل [٤ - إذا كان على السيد دين] :

وإن كان على السيد دين بيع جميعه إن أحاط الدين بماله وإلا فبقدر إحاطة الدين بماله وعتق ثلث مابقي ورق ما بقي بعد عتق الثلث منه للورثة [٧] وعند أبي حنيفة أنه لا يباع في الدين ولكن يسعى للغرماء فإذا أدى مالهم خرج حراً [٨]

---

(١) انظر الموطأ : ٨١١/٢ ، المدونة : ٣٩/٣ ، التفريع : ١٠/٢ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥١٧ .

(٢) انظر المحلى : ٤٧٥/١٠ .

(٣) الحديث عن ابن عمر ولم أجده عن أبي قلابة وأبو قلابة : عبد الله بن زيد بن عمرو أو عامر الجرمي أبو قلابة البصري ثقه فاضل كثير الإرسال مات بالشام هارباً من القضاء سنه أربع ومائة وقيل بعدها (تقريب التهذيب : ٣٠٤) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في العتق باب المدبر : ٨٤٠/٢ ، والدارقطني : ١٣٨/٤ ، والبيهقي : ٣١٤/١٠ والحفاظ يقفونه على ابن عمر وسئل أبو زرعة عن هذا الحديث فقال إنه باطل (انظر تلخيص الحبير : ٢١٥/٤) .

(٥) في م : العتق .

(٦) حرمه : سقطت من م .

(٧) انظر المدونة : ٣٧/٣ ، التفريع : ٩/٢ ، الكافي : ٥١٧ .

(٨) انظر مختصر الطحاوى ٣٨١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ١٢١/٣ .

ودليلنا أن التدبير يجري مجرى الوصية والدين مقدم على الوصية فلو قدمنا عتق العبد على الدين لكان في ذلك أحد أمرين ممنوعين : إما تقديم الوصية على الدين ليتعجل العبد العتق [1] ويحصل الغرماء على سعاية متأخرة أو انتزاع العبد من أيديهم وإحالتهم في سعاية لايدري أتصح أم لا بغير رضاهم وإلزام العبد الاستسعاء بغير جناية كانت منه وكل ذلك باطل فلم يبق إلا ما قلناه .

فصـل [٥ - في تدبير بعض العبد] :

وإذا دبر بعض عبده كمل عليه جميعه اعتباراً بالعتق لأنه ضرب منه وإن دبر [2] بعض عبد بينه وبين شريكه بإذنه أو بغير إذنه تقاوماه فإن صار الذي دبر كمل عليه تدبيره وإن صار للآخر رق وإن شاء الذي لم يدبر أن يقوم نصيبه على الذي دبر كان له ذلك [3] ، وإنما قلنا إنهما يتقاومانه ليمنع [4] التبعيض فيه وأجزنا إبطاله إن صار للذي لم يدبر لأن التدبير ليس مستقرا لا محالة لأنه قد يبطل باستغراق الدين التركة وقد قيل إنه لا يجوز إلا تقويم الحصة على الشريك [5] الذي يجبر عليه صاحبه إن كان المدبر موسراً اعتباراً بالعتق إلا أن يشاء الآخر أن يدبر فيكمل التدبير كما يختار الشريك في العتق أن يعتق فيكمل العتق.

فصـل [٦ - في ولد المدبر] :

ولد المدبر من أمته بمنزلته [6] لأن كل ولد حدث عن ملك اليمين تبع أباه في الحرية والرق أصل ذلك إذا أبتاع الحر أمة فأولدها ، ومن دبر أمة وهي حامل

---

(١) في ق : المعتق .

(٢) في ق : دبرت .

(٣) انظر الموطأ : ٢/٨١٣ ، التفريع : ٢/ ١٠ - ١١ ، الكافي : ٥١٧ .

(٤) في م : لمنع .

(٥) في م : المدبر .

(٦) انظر الموطأ : ٢/ ٨١٠ ، المدونة : ٣/٣٩ ، التفريع : ٢/ ٩ ، الكافي : ٥١٧ .

علم بحملها أو لم يعلم أو حملت بعد التدبير فولدها بمنزلتها ، أما حملها إذا صادفها التدبير فلأنه داخل في العقد على رقبتها بالبيع والهبة والكتابة وسائر العقود على الرقبة فكذلك التدبير .

فأما إذا أحدثوا بعد التدبير فلأن كل ولد حدث من نكاح أو زنا فهو تابع لأمه في الحرية والرق اعتباراً بولد العبد إذا تزوج الحرة أو بولد الحر إذا تزوج الأمة ، ويقومون مع أمهم قيمة واحدة لا يقوم بعضهم على بعض لتساوى حرمتهم ولوجوب التدبير لهم وللرجل أن يطأ مدبرته لأن ذلك غير ناقص لتدبيرها بل هو مؤكد له لأنها قد تحمل فتكون أم ولد وذلك أقوى من التدبير ، ويفارق المكاتبة لأن تلك تستعجل العتق بالأداء ففي كونها أم ولد تأخير عتقها .

فصل [٧ - في جواز استخدام المدبر وإجارته من صاحبه] :

للرجل استخدام مدبره وإجارته [١] لأنه على الأصل في ملك تصرفه وإنما منع من نقض التدبير فقط وليس في ذلك نقض له والفرق بينه وبين أم الولد أنه ليس له من أم الولد إلا الوطء فقط وهي آكد حكما من المدبر لأنه لا يزول حكم الاستيلاد بدين ولا غيره بخلاف التدبير .

فصل [٨ - في جواز انتزاع مال المدبر ، وإذا أسلم مدبر النصراني] :

وله انتزاع ماله لأن أحكامه [٢] أحكام العبد إلا فيما يقتضي نقض التدبير وليس في انتزاع ماله نقض التدبير ، ويستحسن في مرض السيد المخوف للسيد أن لا ينتزع ماله بقرب عتقه فإنه ينتزعه لغيره لا لنفسه [٣] .

---

(١) انظر الموطأ : ٢/٨١٤ - ٨١٥ ، التفريع : ٢/١٠ ، الكافي : ٥١٧ .

(٢) في ق : أحكامها .

(٣) انظر الموطأ : ٢/٨١٤ ، المدونة : ٣/٤٠ ، التفريع : ٢/٩ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥١٧ .

إذا أسلم مدبر النصراني خورج عليه فدفع إليه خراجه ولم يبع عليه ، وإنما ينتظر موته فيعتق من ثلثه إن حمله أو حمل منه (١) ، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يجوز ثبوت ملك النصراني على المسلم ولا استخدامه بالرق ولا يجوز بيعه لما ثبت له من الحرية (٢) في حياة سيده فوجب أن يؤجر عليه من مسلم ويدفع خراجه إلى سيده فإذا مات عتق من ثلثه (٣) وكان ولاؤه للمسلمين ما دام السيد نصرانياً فإن أسلم عاد إليه الولاء ، ويتخرج فيها رواية أخرى وهي : أنه يباع عليه ويدفع الثمن إلى النصراني (٤) اعتباراً ببيع أم ولده إذا أسلمت وحرمة الاستيلاد أقوى من حرمة التدبير .

فصل [٩ - فيما إذا قتل المدبر] :

إذا قتل المدبرمن فقيمته لسيده (٥) لأن أحكامه أحكام العبد في حياة سيده ، وكذلك له أرش جناية أعضائه فإذا أخذ ذلك فهو في ملك له يعمل به ماشاء ولا يلزمه أن يجعله في مدبر آخر لأن السيد لا صنع له في قتله فكان قتله كموته وكانت قيمته بمنزلة ماله الذي يتركه بعد موته أنه للسيد بالرق لا بالميراث .

فصل [١٠ - في جناية المدبر] :

جناية المدبر في خدمته دون رقبته (٦) لأن بيعه غير جائز ولا يجوز إسلام رقبته إلى المجني عليه فلم يبق إلا إسلام خدمته ، لأن ذلك هو الذي يملكه السيد منه والسيد مخير إن شاء افتكه بأرش جنايته وإن شاء أسلم خدمته فأن أسلمها أختدمها المجني عليه لأنها ملك له بدلا من جنايته وأجره وأخذ أجرته .

---

(١) انظر الموطأ : ٢/٨١٥ ، المدونة : ٣/٤٦ ، التفريع : ٢/١٢ ، الكافي : ٥١٧ .

(٢) في م : الحرمة .

(٣) في ق : ثلاثة .

(٤) في م : إليه .

(٥) انظر الموطأ : ٢/٨١٦ ، التفريع : ٢/١٠ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥١٨ .

(٦) انظر الموطأ : ٢/٨١٦ - ٨١٧ ، التفريع : ٢/١٠ ، الكافي : ٥١٨ .

وإن كان للمدبر مال تعلقت الجناية بخدمته وماله اعتباراً بالحر في تعلق جنايته بذمته وماله فإن كان في المال وفاء بأرش الجناية استوفي منه وإن لم يكن فيه وفاء تعلق الفضل بخدمته وأخذ المجني عليه حقه منها فإذا استوفى أرش الجناية زال تعلقه منه ، فإن كان السيد حيا عاد مدبراً على حاله لأن السيد يملك باقي خدمته مدة حياته فإن مات السيد قبل أن يستوفي المجني عليه أرش جنايته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق في الثلث لأنه لاشيء يمنع عتقه وما بقي من أرش الجناية دين عليه لأن الجناية لا تبطل أرشها لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة، وتعلقها بالرقبة [1] في هذا الموضع متعذر للحرمة التي له بالتدبير فلم يبق إلا تعلقها بالذمة ولأنه لما كانت جناية الحر متعلقة بذمته كذلك جناية المدبر (بعد حريته وعن مالك رواية أخرى أن ما بقي من الأرش يبطل بحرية المدبر) [2] .

ووجه ذلك أن الأرش كان متعلقاً بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته هذا كله إذا كان للسيد مال (يعتق فيه فإن لم يكن للسيد مال) [3] غيره عتق ثلثه فكان ثلثاه رقا للورثة ويلزم المدبر ثلث مابقي من أرش الجناية دينا في ذمته على أظهر الروايتين .

وعلى الرواية الأخرى يبطل عنه ويخير [4] الورثة في افتكاك الثلثين بثلثي أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجني عليه لأنه قد صار رقا وبطل التدبير في ما زاد على ثلثه فإن أسلموه كان مالكا للمجنى عليه لأن المانع كان من إسلامه بثبوت التدبير وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقي من أرش الجناية برقبته.

---

(١) في ق : بالذمة .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) في ق : ويجبر .

فصل [١١ - في جواز مقاطعة السيد مدبره على مال يأخذه منه ويعجل عتقه] :

يجوز للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه ويعجل له العتق فإذا فعل ذلك وتعجل ثم مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت سيده (١) لأنه دين تعلق بذمته ولا يعتبر في ذلك خروجه من الثلث لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد فينجز (٢) عتقه بالعوض دون التدبير .

ويجوز أن يكاتبه كتابة منجمة فإن أداها قبل موت السيد عتق وإن مات السيد قبل أدائها عتق بالتدبير وسقط عنه باقيها أو جميعها إن كان لم يؤد (٣) شيئاً منها فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه كما لو لم يكن كاتبه وسقط عنه (ثلث الكتابة لأنه لو عتق لسقطت الكتابة عنه فإذا عتق بعضه) (٤) سقط عنه بقدر ما عتق منه ويبقى ثلثاه مكاتبا بثلثي الكتابة فإن أداه عتق وإن عجز رق للورثه والله أعلم(٥) .

* * *

(١) انظر الموطأ : ٨١١/٢ ، التفريع : ١١/٢ .

(٢) في ق : فيجوز .

(٣) في ق : لم يرد .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) والله أعلم : سقطت من ق .



كتاب أمهات الأولاد [1]

إذا حملت الأمة من سيدها فقد ثبت لها حرمة [2] حرية تمنع بيعها وهبتها والمعاوضة على رقبتها أو من خدمتها أو إسلامها في جناية أو عتقها عن سبب يوجب العتق من كفارة أو نذر أو غير ذلك ، ولم يبق فيها إلا الاستمتاع بها في حياته واستخدامها فيما يقرب ولا يشق ، سواء وضعت ولدا ميتا أو حيا كامل الخلقة أو ناقصا أو أسقطت مخلقا أو غير مخلق ، علقه أو مضغة أو ما يعلم أنه حمل ، فإذا مات سيدها عتقت من رأس ماله كان له مال سواها أو لم يكن له غيرها ، كان عليه دين أو لم يكن لا سبيل للغرماء عليها في حياته ولا بعد موته ويتبعها مالها إذا عتقت قبل [3] موته وله انتزاعه في حياته .

وإن حملت منه قبل ملكه لها ووضعت ثم ملكها لم تكن بذلك أم ولد ، فأن ملكها بعد الحمل وقبل الوضع ففيها روايتان : إحداهما أنها تكون أم ولد ، والأخرى أنها لا تكون أم ولد وفي إجباره إياها على التزويج روايتان .

وولدها من غيره بمنزلتها في منع بيعهم إلا أن له إجارتهم بخلاف أمهم ، وقيمتها إن قتلت [4] وأرش جراحها لسيدها فإن لم يقبضه حتى مات ففيها روايتان: إحداهما أنه ملك له والأخرى أنه يتبعها كمالها ، وليس له إسلامها في جناية تجنيها والخيار له في افتكاكها بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة رقبتها ، وحكمها في جراحها وحدودها وطلاقها وعدتها من زوجها ومنع شهادتها

---

(١) أم الولد : هي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً (الفواكه الدواني : ١/ ١٤٤ حدود ابن عرفة : ٥٢٦) .

(٢) حرمه : سقطت من ق .

(٣) في م : بعد .

(٤) في م : قبلت .

وميراثها وسقوط الحد عن قاذفها والقصاص لها من الحر إذا قتلها أو جرحها حكم الإماء [1] ما دام سيدها باقياً ، واستبراؤها من موته بحيضة وهواستبراء وليس بعدة [2] و تعلق الفضل بخدمته وأخذ المجني عليه حقه منها فإذا استوفي أرش الجناية زال تعلقه منه ، فإن كان السيد حيا عاد مدبرا على حاله لأن السيد يملك باقي خدمته مدة حياته فإن مات السيد قبل أن يستوفي المجني عليه أرش جنايته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق في الثلث لأنه لا شيء يمنع عتقه وما بقي من أرش الجناية دين عليه لأن الجناية لا تبطل أرشها لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة ، وتعلقها بالرقبه [3] في هذا الموضع متعذر للحرمة التي له بالتدبير فلم يبق إلا تعلقها بالذمة ولأنه لما كانت جناية الحر متعلقة بذمته كذلك جناية المدبر (بعد حريته ، وعن مالك رواية أخرى أن ما بقي من الأرش يبطل بحرية المدبر) [4] .

ووجه ذلك أن الأرش كان متعلقا بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته هذا كله إذا كان للسيد مال (يعتق فيه فإن لم يكن للسيد مال) [5] غيره عتق ثلثه فكان ثلثاه رقا للورثة ويلزم المدبر ثلث ما بقي من أرش الجناية دينا في ذمته على أظهر الروايتين .

وعلى الرواية الأخرى يبطل عنه ويخير [6] الورثه في افتكاك الثلثين بثلثي

---

(١) في م و : الأمة .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ : ٢/٧٤٢ ، المدونة : ٣/٤٢ ، التفريع : ٢/٥ الرسالة : ٢٢٥ ، الكافي : ٥١٤ ، المقدمات : ٣/١٩٥ .

(٣) في ق : بالذمة .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

(٦) في ق : ويجبر .

أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجني عليه لأنه قد صار رقا وبطل التدبير في مازاد على ثلثه فإن أسلموه كان مالكاً للمجني عليه لأن المانع كان من إسلامه بثبوت التدبير وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقي من أرش الجناية برقبته .

فصل [١ - في جواز مقاطعة السيد مدبره على مال يأخذه منه ويعجل عتقه]:

يجوز للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه ويعجل له العتق فإذا فعل ذلك وتعجل ثم مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت سيده [١] لأنه دين تعلق بذمته ولا يعتبر في ذلك خروجه من الثلث لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد فينجز [٢] عتقه بالعوض دون التدبير .

فصل [٢ - في عدم جواز هبة أو معاوضه أم الولد] :

وإنما قلنا إنه لا يجوز هبتها ولا المعاوضة عليها بغير البيع أيضاً فللإجماع على أن لا فرق بين البيع وبين ذلك كله ، ولأن الحرمة المانعة من بيعها مانعة من ذلك كله .

فصل [٣ - في منع عتقها عن سبب يوجب العتق] :

وإنما منعنا أن تعتق عن سبب يوجب العتق لأن عقد الحرية قد ثبت لها فلا يكون عتقها تحريراً ، ولأن الملك عليها ناقص بنقصان التصرف فيها ، وللسيد أن يعجل[٣] عتقها ابتداء لأن ذلك إسقاط لحقه الباقي عليه من الاستمتاع .

---

(١) انظر الموطأ : ٨١١/٢ ، التفريع : ١١/٢ .

(٢) في ق يجوز .

(٣) في م : أن يجعل .

فصـل [٤ - في منع إجارة أم الولد] :

وإنما منعنا من إجارتها خلافاً للشافعي [١] لأن الحرمة المانعة من بيعها مانع من إجارتها ولولا الوطء لكان عتقها منجزا.

فصـل [٥ - في جواز الاستمتاع بأم الولد من سيدها] :

وإنما قلنا إن للسيد الإستمتاع بها لأن الحرمة إنما تثبت لها بالوطء فلا يجوز أن يجتلب [٢] حرمة توجب تحريمه ، وكذلك روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال له الاستمتاع بها ما عاش [٣] .

فصـل [٦ - في عدم التفريق بين حياة الولد وموته] :

وإنما لم يفرق بين حياة الولد وموته لعمومه الأخبار ، ولأن الحرمة بالولاده دون صفة الولد .

فصـل [٧ - في عدم مراعاة التخليق في الولد] :

وإنما لم يراعَ التخليق خلافاً للشافعي [٤] ، لأن حرمة الولد [٥] ثابتة بالحمل اعتباراً بحصول التخليق ، ولأنا لما لم نراع آخره لم نراع وسطه .

فصـل [٨ - في كون أم الولد تعتق من رأس المال] :

وإنما قلنا تعتق من رأس المال لأن الحرمة حاصلة بها الآن وإنما بقي للسيد فيها الاستمتاع بالوطء فقط والوطء لا يورث عنه ولا يملك بعده ، [٦] وليس له قيمة

---

(١) انظر مختصر المزني : ٣٣٢ ، الإقناع : ٢١٠ .

(٢) في م : تجنيب .

(٣) الموطأ ٢/٧٧٦ ، عبد الرزاق : ٧/٢٩٢ .

(٤) انظر مختصر المزني : ٣٣٢ ، الإقناع : ٢٠٩ .

(٥) في م : الولاءة .

(٦) في ق : ولا يصدقه .

يراعي دخولها في الثلث فلم يبق إلا العتق من رأس المال كالمعتقة إلى أجل .

فصـل [٩ - في عدم التفريق إن كان له مال سواها أم لا] :

وإنما لم يفرق بين أن يكون له مال سواها أو لم يكن لأن الاخبار مطلقة غير مقيدة ، ولأن مراعاة مال سواها إنما يحتاج إليه فيما يكون عتقه في الثلث لينظر هل يخرج كله أو بعضه وذلك غير معتبر هاهنا فلا معني لمراعاته .

فصـل [١٠ - في عدم مراعاة إن كان عليه دين أولا] :

وإنما لم نراع أن يكون عليه دين أولا يكون لعموم الأخبار ، ولأن عتقها كان مستحقاً في الحياة وإنما منع منه الوطء فإذا زال ذلك بالموت فلم يبق مانع منه ، ولو وطىء المديان أمة له فحملت منه لكانت أم ولد ولم يكن للغرماء اعتراض عليها لقوة الحرمة بالوطء وتأكيدها على القول بالعتق الحامل من جهته .

فصـل [١١ - في مال أم الولد] :

وإنما قلنا إن مالها يتبعها إذا أعتقت لأن كل مملوك عتق بوجه من وجوه العتاقه[١] فماله تبع له مالم ينزعه سيده أو يستثنيه عليه عند عتقه .

فصـل [١٢ - جواز انتزاع السيد مالها] :

وإنما قلنا إن لسيدها انتزاعه منها حال الحياة لأن ملكه باق عليها فكان له انتزاع مالها كالأمة ولا يدخل عليه المكاتب لأن في انتزاع مالها نقصان لعقد عتقه فهو كبيع أم الولد والمدبرة [٢] ، قال مالك إلا أن يشتد مرضه فلا يكون له ذلك لقرب الوقت الذي يعتقها [٣] فيه فمنع انتزاعه كما يمنع إخراج ماله في المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب استحقاقهم له ، ولأنه حينئذ ينتزعه لغيره لا لنفسه وإنما له أن ينتزعه لنفسه .

---

(١) في م : العتق وفي ر : العتاقات .

(٢) في م : المدبر .

(٣) في ق : يبتعها .

فصـل [١٣ - إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها] :

وإنما قلنا إنها إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها فإنها لا تكون أم ولد بذلك خلافاً لأبي حنيفة [(١)] لقوله ﷺ « أيما أمة ولدت من نكاح سيدها فهي معتقة عن دبر » [(٢)] فعلق ثبوت الإيلاد [(٣)] بأن يكون من سيدها وهذه ولدت من زوج ولأن الحرمة ثبتت لأم الولد من جهة الولد فإذا كان الولد لا حرمة له في نفسه لم يسر إلى أمه و لأنها وضعت ولدا مملوكا فلم يثبت به حرمة أم الولد أصله الزنا ، ولأنها لم تكن أم ولد قبل الإبتياع فكذلك بعده .

فصـل [١٤ - إذا ابتاعها حاملا] :

ووجه قوله إنه إذا ابتاعها حاملا أنها تكون أم ولد قوله ﷺ « أيما أمة ولدت من سيدها فإذا مات فهي حرة » [(٤)] ولم يفرق بين أن تكون حملت منه قبل الملك أو بعده ، ولأنه قد ثبتت له حرمة الحرية من جهة أبيه حال الحمل فسرى ذلك إلى أمه أصله إذا أبتدأ الحمل في ملكه ،ووجه قوله إنها لا تكون أم ولد أنه حمل خلق رقيقاً فلم يثبت به حرمه الاستيلاد لأمه أصله إذا ابتاعها بعد الوضع .

فصـل [١٥ - في أم الولد المدبر] :

اختلف عنه في أم المدبر هل لها حرمة يثبت لها العتق بموته إذا أعتق أم لا فعنه في ذلك روايتان : إحداهما ثبوتها والأخرى نفيها .

فوجه ثبوتها اعتبارها بأم ولد المكاتب بعلة أن ولدها من سيدها داخل في عقد العتق الثابت له ومكتسب لحرمته فوجب أن تكتسب أمه الحرية به .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٣٧٧ ، مختصر القدوري -مع شرح الميداني : ٣/ ١٢٣ .

(٢) سبق تخريج الحديث .

(٣) في م : الإستيلاد .

(٤) سبق تخريج الحديث .

ووجه نفيه أن حرمة سيدها ضعيفة لإمكان بطلان عتقه وعود رقه فلم تسر الحرمة إلى أمته بولادتها منه ، فإذا قلنا لها حرمة الاستيلاد لم يجز للسيد انتزاعها منه حاملاً كانت أم غير حامل ، وإن قلنا ليس لها حرمة الاستيلاد فله انتزاعها [1] ما لم تكن حاملا لأنها مال للمدبر وللسيد انتزاع مال مدبره ، وإن كانت حاملا لم يكن له انتزاعها رواية واحدة لأن الولد داخل في تدبير أبيه .

فصل [١٦ - في أم ولد المكاتب] :

في أم ولد المكاتب خلاف [2] لأنه قد جاز للمكاتب بيعها من غير دين وهذا يدل على أنه لاحرمة لها بالاستيلاد وقال ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين ، فوجه الأول أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد وجاز له بيعها ، ووجه الثاني اعتبارا بأم ولد الحر لثبوت حرمة العتق لسيدها ، فأما إذا رهن المكاتب دين أو خيف عليه العجز فلا أعلم خلافاً عن مالك أن له بيعها في دينه وأن لسيدها بيعها في كتابته لأن دينه يؤدي إلى عجزه فيرق وتبطل حرمتها وحرمته .

فصل [١٧ - إذا أسلمت أم ولد النصراني] :

وإذا أسلمت أم النصراني عرض عليه الإسلام عقيب إسلامها فإن أسلم فهي أم ولده مثل ما كانت فإن أبى ففيها روايتان [3] :

إحداهما أنها تعتق عليه ، والأخرى أنها تباع ، فوجه قوله إنها تعتق عليه لأنه لم يكن له فيها إلا الوطء فإذا حرم بالإسلام وجب عتقها لأنه لا يجوز بقاء ملك على ملك لا ينتفع منه بشيء من وجوه الانتفاع وكذلك قوله في أم ولد الابن إذا وطئها الأب أنها تعتق على الابن لأن وطأها محرم عليه .

---

(١) في م : لم يجز للسيد انتزاعها منه .

(٢) انظر المدونه : ٣/ ٥٤ - ٥٥ ، التفريع : ٢/ ١٩ ، الكافي : ٥١٦ .

(٣) انظر المدونة : ٣/ ٥٣ ، الكافي : ٥١٥ - ٥١٦ .

ووجه قوله إنها تباع عليه أن النصراني غير متعبد بفروع الدين فلم يجز حكمه ، ولأنه لما لم يمنع بيعها قبل إسلامها كذلك بعده كالعبد الغني إذا أسلم.

فصـل [١٨ - في إجبار أم الولد على التزويج] :

ووجه قوله إن له يزوجها بغير رضاها لأنه قد بقي له فيها ملك (الوطء بحكم الرق فجاز له المعاوضة عليها كما أنه لما ملك) [١] من المدبر خدمته جاز له المعاوضة عليها ، ووجه قوله لا يزوجها إلا برضاها أنه عقد على منافعها فلم يكن له ذلك إلا برضاها كالإجارة وذلك مكروه في الجملة للدناءة ونقصان المروءة .

فصـل [١٩ - في ولد أم الولد من غير سيدها] :

وإنما قلنا إن ولدها [٢] من غيره هو بمنزلتها لأن الأصول موضوعة على أن كل ولد حدث من ملك اليمين فإنه تابع لأبيه في الحرية والرق وعقودهما والأصل فيه ولد الرجل من أمته وكل ولد حدث من غير ملك اليمين [٣] ولا شبهة ملك فهو تابع لأمه في ذلك والأصل فيه المتزوج بأمة غيره فإذا ثبت ذلك كان ولد أم الولد بمثابة أم الولد يعتق بموت سيدها من رأس المال كعتق أمه إلا أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أنثى لأنها ربيبة .

وإنما قلنا إن له إجارته بخلاف أمه لأن أمه كان له فيها الاستمتاع وهو بعض أحكام الملك وذلك حرام عليه من ولدها فلم يبق فيهم إلا الإجارة لأنا لو منعنا ذلك لم يبق لهم عليه شيء من أحكام الرق وذلك ينافي بقاء الملك .

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) في م : ولده .

(٣) اليمين : سقطت من م .

فصـــل [٢٠ - في قيمة أم الولد إذا قتلت] :

وإنما قلنا إن قيمتها إن قتلت لسيدها لأنها على ملكه ، وإن كان ناقص التصرف فيها وكذلك أرش جراحها له لأنه إذا كان يملك قيمتها لو قتلت ملك أرش جراحها اعتباراً بالعبد القن [١] ، ووجه قوله إنه إذا لم يقبضه حتى مات فإنه يورث عنه فلا يتبعها هو أنه ما كان يملكه في حياته دونها فكان لورثته بعد موته لأن ما ملكه الإنسان في حياته من المال فهو لورثته بعد موته ، ووجه قوله إنه لها إنهاء تملك أرش الجناية عليها وللسيد انتزاعه كما له انتزاع مالها فلما لم ينتزعه في الحياة تبعها كغيره من مالها .

فصـــل [٢١ - في عدم جواز إسلامها لجناية يجنيها السيد] :

وإنما قلنا ليس له إسلامها لجناية تجنيها ؛ لأن إسلامها بمنزلة بيعها لأن الغرض به استرقاقها وأخذ رقبتها عوضاً من جنايتها وإذ لم يجز إسلامها وكان السيد سبب المنع لزمه افتكاكها .

و إنما قلنا إنه يكون مخيراً بين القيمة وأرش الجناية اعتباراً بالعبد إذا امتنع من إسلامه إلى المجني عليه وتعذر بنقص وجوه التعذر ، فأما القيمة فإنها تقوم مقام المقوم وتسد مسده والمراعاة فيها يوم الحكم ، ولأن ذلك وقت وجوب تسليم العبد القن وكذلك في أم الولد ،وأما أرش الجناية فلأنها بدل من جنايتها والخيار له في أقل الأمرين لأن المجني عليه لا مقال له إذا أخذ بدل جنايته أو بدل رقبة الجاني .

فصـــل [٢٢ - في أحكام أم الولد في الحدود والجراح والشهادات وغير ذلك]:

وإنما قلنا إن أحكامها في حدودها وجراحها وشهادتها وغير ذلك أحكام العبيد لبقائها على الرق ونقصان التصرف فيها لا يمنع جري أحكام الرق عليها كالمعتق إلى أجل .

---

(١) القن : هو الذي لا شائبه حرية فيه .

فصل [٢٣ - استبراء أم الولد من موت سيدها] :

وإنما قلنا استبراؤها من موت سيدها بحيضة لأنه استبراء من وطء بملك اليمين كالأمة ، وإنما لم نقل عليها العدة بالشهور خلافاً لمن ذهب إلى ذلك ، ولأن العدة تجب على الزوجات وهذه ليست بزوجه فإن يئست من الحيض فبثلاثة أشهر لأن ذلك قائم مقام الحيض إذا عدم ، وبالله التوفيق [١] .

* * *

(١) وبالله التوفيق : سقطت من ق ومن ر .

كتاب الأقضية
والشهادات والدعاوى والبينات وما يتعلق بذلك [١]

الأصل في القضاء [٢] قوله تعالى : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ﴾ [٣] ، وقوله عز وجل ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [٤] ، وقوله تعالى ﴿ لتحكم بين الناس بما أراك الله ﴾ [٥] ، وقوله ﷺ: « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر » [٦] ، وقوله لمعاذ ابن جبل لما وجهه إلى اليمن قاضياً : « بم تحكم » قال : بكتاب الله ، قال «فإن لم تجد ، قال : بسنة رسول الله ﷺ قال « فإن لم تجد » قال أجتهد رأيي، فقال رسول الله ﷺ : « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله»[٧] ، وفيه أخبار كثيرة عنه ﷺ وعن السلف بعده .

---

(١) في م : كتاب الأقضية فقط .

(٢) القضاء في اللغة : القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته ، والقضاء الحكم (معجم مقاييس اللغة : ٥/ ٩٩) ، وفي الاصطلاح : صفه حكمية توجب لموصفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين (حدود ابن عرفة : ٤٣٣) .

(٣) سورة ص ، الآية : ٢٦ .

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٤٩ .

(٥) سورة النساء ، الاية : ١٠٥ .

(٦) أخرجه البخاري في الإعتصام باب أجر الحاكم إذا اجتهد ١٥٨/٨ ، ومسلم في الأقضية باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد : ٣/ ١٣٤٢ .

(٧) أخرجه أبو داود في الأقضية باب اجتهاد الرأى في القضاء : ١٨/٤ ، والترمذي في الأحكام باب ما جاء في القاضي كيف يقضي : ٦١٦/٣ ، وأحمد : ٥/ ٢٣٠ ، ٢٣٦، والبيهقي : ٨٧/١٠ وابن عدي والطبراني وليس إسناده بمتصل (انظر تلخيص الحبير : ٤/ ١٨٢) .

فصل [١ - الخصال التي يجب توفرها في القاضي] :

ويجب أن يكون في القاضي خصال منها ما لا يتم الحكم إلا بها ما هو من أداب القضاء وسنة الحكم في الشرع ، فأول ما يجب [١] فيه أن يكون فقيهاً غير عامي ومن أهل الاجتهاد عارفا بالكتاب والسنة وطرق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخريج الفروع على الأصول ، ولا يجوز له تقليد غيره من العلماء ما دام عليه فسحة في النظر ومهلة يمكنه فيها الاجتهاد فإن خاف فوات الحادثة متى أخرها إلى أن يلوح [٢] له فيها النظر وتعين عليه فرض الحكم فيها فهل يجوز له أن يقلد غيره من العلماء أو لا يجوز له فيها نظر فكان الأقوى أن يجوز لأن تأخير الحكم يؤدى إلى فوات الفرض وإضاعته ، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم قد كان يقلد بعضهم بعضاً في الأحكام إذا خفي على المقلد منهم طريق النظر في حكم الحادثة [٣] .

فصل [٢ - في عدم جواز كون الحاكم عامياً] :

وإنما قلنا إنه لا يجوز أن يكون الحاكم عاميا خلافا لأبي حنيفة [٣] ، لقوله تعالى ﴿ لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [٤] وذلك يتضمن الاجتهاد ، وقوله تعالى ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾ [٥] والمقلد لا يفرق [٧] بين الحق والباطل بالتقليد، وقوله ﷺ : لمعاذ : بما تحكم قال : بكتاب الله ، قال : « فإن لم تجد» قال فبسنة رسول الله ﷺ ، قال « فإن لم تجد » ، قال أجتهد رأيي ،

---

(١) يجب : سقطت من م .

(٢) في ق : يبرح .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ : ٧١٩/٢ ، المدونة : ٧٦/٤ ، الكافي : ٤٩٧ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ٣٣٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٧٨/٤ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ١٠٥ .

(٦) سورة ص ، الآية : ٢٦ .

(٧) في م : لا يغرق الفرق .

فقال رسول الله ﷺ « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضى رسول الله »[1] وقوله « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر »[2] .

وهذا كله يدل على أن الحاكم يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ولأن التقليد لا يثمر عليه ولا يجوز التقليد إلا للعامي للضرورة بالعامي إلى أن يلي الحكم ويقلد غيره .ولأن القضاء آكد وأقوي من الفتيا لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه ، والمستفتي لا يلزمه المصير إلي فتيا المفتي فإن لم يجز للمفتي أن يكن مقلداً فالقاضي أولى .

وينبغي للقاضي أن يكون فطنا متيقظاً كثير التحرز من الحيل وما ينم [3] مثله على المغفل أو الناقص أو المتهاون ، وأن يكون عالماً بالشروط عارفاً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوي والاقرار والشهادات وغير ذلك مما يتعلق ، ولأن كتاب الشرط هو الذي يتضمن حقوق المحكوم له وعليه والشهادات تسمع بما فيه فقد يكون العقد واقعاً على وجه يصح أو لا يصح فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وتحمله [4] ، وينبغي أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة ويستعين بهم على ما هو سبيله ويعول بهم على التوصل إلى ما ينوبه ويخففوا عنه فيما يحتاج إلي الاستنابة فيه من النظر في الوصايا والأحباس والوقوف والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك مما ينظر فيه .

والأولى عندنا [5] أن يقضي في المسجد خلافاً للشافعي في كراهية[6] ذلك

---

(١) سبق تخريج الحديث ١٤٩٩ .

(٢) سبق تخريج الحديث ١٤٩٩ .

(٣) ينم : أي يخفي .

(٤) وتحمله : سقطت من م .

(٥) عندنا : سقطت من م .

(٦) انظر ، مختصر المزني : ٢٩٩ ، الاقناع : ١٩٤ .

لأن النبي ﷺ كان يحكم فيه ، والأئمة بعده وليقرب الوصول إليه على كل من أراده .

وينبغي له التسوية بين الخصمين في المجلس وأن يكون إقباله عليهما على حد سواء كما روي عن السلف والأئمة من القضاء بذلك وأن يبتدى منهما من بدأ بالدعوى فيسمع دعواه ويستوفي الحكم له ثم يثني من بعده وإن تشاحى في التقديمة والتبدية ولم يعلم صدق أحدهما أقرع بينهما فيبدأ بمن يخرج سهمه لأنه لا طريق إلى الفصل [(١)] بينهما إلا بذلك ويجوز أن يقال أن ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم والإقراع أقرب إلي العدل .

وينبغي إذا استوفى سماع البينة وأراد الحكم أن يقول للمحكوم عليه أو لوكليه إن لم يحضر : أبقيت لك حجة ؟ أم هل عندك ما تدفع به حجة خصيمك ؟ فإذا قال لا ، حكم حينئذ ، وإن قال نعم انتظر ما يأتي به فإن تبين منه اللدد[(٢)] حكم ولم يلتفت إلى قوله .

وينبغي أن يكون له صاحب مسائل يكون من أهل الأمانة والثقة فيسأله عن شهوده ويعول عليه في تعديل من شهد عنده ، وينبغي للمزكي أن يكون عالماً بوجوه التعديل والجرح عارفاً بطرقهما .

وللحاكم أن يحكم بشهادة من يعلمه عدلا وأن يرد شهادة من يعلمه فاسقاً أو يعلمه غير مستكمل بشروط العدالة وليس ذلك حكما بعلمه ، وشروط القضاء وآدابه كثيرة لا يحتملها هذا المختصر وفيما ذكرناه كفاية إن شاء الله .

فصل [٣ - في منع الحاكم من أن يحكم بعلمه] :

ولا يحكم الحاكم بعلمه في شيء أصلا لا قبلى ولايته ولا بعدها لافي حكمه ولا في غيره ولا في حقوق الله ولافي حقوق الأدميين .

---

(١) في م : القضاء .

(٢) في م : الرفع ، واللدد: هو من اشتدت خصومته (المصباح المنير : ٥٥١) .

وقال عبد الملك يحكم بعلمه في مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم واعترف بحق خصمه [1] .

وقال أبو حنيفة يحكم في حقوق الأدميين فيما علمه بعد القضاء لا يحكم فيما علم قبله [2] وقال الشافعي إنه يحكم بعلمه في كل الأشياء [3] .

فدليلنا قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾[4] فأمر بجلد القاذف متى لم يقم بينة على ما رمى به المقذوف، وقوله ﷺ في حديث هلال بن أمية لما لاعن زوجته : « إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال وإن جاءت به على نعت كذا فهو (لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال ﷺ : « لو كنت راجما أحد بغير بينة لرجمتها » [5] موضع الدليل أنه ﷺ علم أنها زنت لإخباره أنها جاءت به على نعت كذا فهو) [6] لغير زوجها ثم لم يحكم بالحد لعدم البينه .

وعند المخالف يجب أن يرجمها إذا علم بذلك ، وروى أنه ﷺ بعث أبا جهم مصدقا فلاحقاه رجلان فشجهما فأتيا إلى النبي ﷺ يطلبان القصاص فبذل لهما مالا فرضيا به فقال إني أخطب الناس وأذكر لهم ذلك أفرضيتما ، قالا : نعم فخطب الناس ثم قال أرضيتما بعد أن ذكر القصة فقالا: لا، فهم بهم المهاجرون

---

(١) انظر المدونه : ٧٨/٤ ، التفريع : ٢٤٥/٢ ، الكافي : ٥٠٠ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ٣٣٢ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٣٧٠ .

(٣) انظر مختصر المزني : ٢٩٩ ، الإقناع : ١٩٦ .

(٤) سورة النور ، الآية : ٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ٩٠٠ .

(٦) ما بين قوسين من م .

والأنصار فمنعهم النبي ﷺ ثم نزل فزادهما فرضيا فصعد المنبر فقال أرضيتما فقالا : نعم [1] ، موضع الدليل أنه لم يحكم عليهما بعلمه لما جحدا أن يكونا رضيا ، ولأنه ﷺ امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم وقال : « لئلا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » [2] وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه ، ولأن الحاكم لما كان غير معصوم فقد تلحقه الظنة والتهمة في أن الحكم لوليه على عدوه وأمكن وقوع ذلك منهم وجب حسم الباب : بألا يحكم بعلمه لئلا يدعى عليه بذلك ، ولإمكان أن يقع ذلك منه فيلحق الناس أذية منه : فإذا منع أن يحكم بعلمه زالت التهمة في ذلك ويعرض الكلام في الحدود ولأصحاب الشافعي فيها وجهان .

ودليلنا أنه لا يحكم فيها بالعلم ، الظاهر والأخبار وقول أبي بكر رضي الله عنه لو رأيت رجلاً [3] على حد من حدود الله ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة [4] ، ولا مخالف له نعلمه وإن سلموا ذلك قسنا عليه سائر الحقوق ، وقلنا إنه حكم بعلم فلم يجز أصله الحدود واعتبارا بعلمه قبل الولاية مع أبي حنيفة ، وفي غير مجلس الحكم مع عبد الملك .

فصـل [٤ – في جواز تنفيذ الحاكم الحكم بعلمه] :

إذا ثبت أنه ليس له أن يحكم فله أن ينفذ الحكم بعلمه بعدالة الشهود ويقف عنه بعلمه بفسقهم وليس ذلك حكما منه بعلمه بدليل أن لغيره من الحكم أن

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات باب العامل يصاب على يديه خطأ : ٤/ ٦٧٢ ، النسائي في القسامة باب السلطان يصاب على يده : ٨/ ٢١ ، وابن ماجه في الديات باب الجارح يفتدي بالقود : ٢/ ٨٨١ ، وعبد الرزاق : ٩/ ٤٦٢ ، والبيهقي : ٨/ ٤٩ ، بسند صحيح (الهدايه في تخريج أحاديث بداية المجتهد : ٨/ ٦٦٦) .

(٢) أخرجه البخاري في المناقب باب ما ينهي من دعوى الجاهلية : ٤/ ١٦٠ .

(٣) في م : أحداً .

(٤) سنن البيهقي : ١٠/ ١٤٤ ، كنز العمال : ٥/ ٥٦٨ ، المحلى ٩ / ٤٢٦ .

يحكم بشهادتهم ولو كان ذلك حكما بالعلم لم يجز لمن جاء بعده أن يحكم بشهادة من قد رد شهادته الذي قبله كما لا يجوز له نقض حكم حكم به مما يسوغ لهما (1) الحكم به .

فصـل [٥ - في كون الحاكم شاهدا فيما علمه ومنع الحكم فيه] :

إذا علم شيئاً ومنع الحكم فيه بعلمه فإنه قد يكون شاهداً فيه لمن له الحكم فيرفع إلى الإمام أو إلى غيره من الحكام ويدعي صاحب الحق شهادة الحكم فيكون الحاكم كأحد الشهود فيعمل فيه كما يعمل في شهادة الشاهد وسائر الحقوق (2) .

فصـل [٦ - إذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به] :

وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به فإذا شهد شاهدان على حكمه ثبت ولم يسقط بإنكاره وكذلك لو نسي (3) أن يكون حكم به فشهد به عنده شاهدان قبل شهادتهما (4) ، وقال أبو حنيفة والشافعي إن لم يذكر حكمه لم تنفع شهادة الشهود شيئاً (5) .

ودليلنا أنها شهادة عنده على حكم لو كان ذاكراً له لساغ قبولهما فكذلك إذا كان ناسياً ، أصله إذا شهد عنده بحكم غيره ، ولأنه قد تعلق بذلك حق لغيره وهو من يشهد بالحكم له فلو قلنا أن الشهادة غير مقبولة إلا أن يذكرها ومعلوم أنه قد ينسي ويشك لأدى إلى تضييع حقوق الناس ولكان لا معنى للإشهاد على إنفاذه ، ولأنه قد يتهم أيضاً أن يكون جحد حكمه لعداوة بينه وبين المشهود له .

---

(١) في م : إليه .

(٢) انظر المدونه : ٧٨/٤ ، التفريع : ٢٤٥/٢ ، الكافي : ٥٠٠ .

(٣) في ق : خشي .

(٤) انظر التفريع : ٢٤٦/٢ ، الكافي : ٥٠٠ .

(٥) انظر مختصر الطحاوي : ٢٢٩ - ٣٣٠ ، الإقناع : ١٩٦ .

فصـل [٧ - إذا وجد في ديوانه حكما بخطه ولم يذكر أنه حكم به] :

وإذا وجد في ديوانه حكما بخطه ولم يذكر أنه حكم لم يجز له أن يحكم به إلا أن يشهد عنده شاهدان [١] خلافاً لابن أبي ليلى في قوله يحكم بالخط [٢] ، لأنه لم يثبت عنده أنه حكم به فلا يجوز قياساً على حكم غيره .

فصـل [٨ - في عدم جواز تولي العبد والمرأة الحكم] :

لاخلاف أعلمه أن العبد لا يجوز أن يكون حاكماً [٣] (والعلة فيه نقصه بالرق، وأما المرأة فلا يجوز أن تكون حاكماً) [٤] عندنا على وجه ، وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون حاكما في كل أمر تجوز فيه شهادة النساء [٥] فدليلنا قوله ﷺ : « إنكن ناقصات عقل ودين » [٦] وهذا خارج مخرج الذم وفيه تنبيه على منع رد شيء من أمور الدين إليهن ،وقوله ﷺ : « لا يفلح قوم اسندوا أمرهم إلى امرأة [٧] » وقوله : « أخروهن حيث أخرهن الله » [٨] ، ولأنها ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام كالإمامة الكبرى ، ولأنه لا يصح أن يكون حاكماً في الحدود والقتل فكذلك في غيره من الأحكام أصله العبد .

---

(١) انظر المدونه : ٤/ ٧٦ ، التفريع : ٤/٢٤٧ ، الكافي : ٥٠٢ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : ٩/٤٠٩١ ، المغني : ٩/ ٧٦ .

(٣) انظر مراتب الإجماع : ٤٩ ، بداية المجتهد : ٢/ ٤٥١ ، نيل الأوطار : ٨/ ٢٦٥.

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٤/ ٨٤ .

(٦) أخرجه عبد الرزاق موقوفاً على ابن مسعود : ٣/ ١٤٩ ، ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه (نصب الراية : ٢/ ٣٦) .

(٧) أخرجه البخاري في المغازي باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر : ٨/ ١٣٦ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق : ٣/ ١٤٩ ، موقوفاً علي ابن مسعود (انظر نصب الراية : ٢/ ٣٦) .

فصل [٩ - فيمن قال بجواز تولي المرأة الحكم مطلقاً] :

وذهب ابن جرير الطبري [١] إلى أن المرأة يجوز أن تكون حاكما على الإطلاق في كل ما يجوز أن يحكم فيه الرجل[٢] ، وسمعت أبا الفرج بن ظرارة [٣] وسئل عن هذه المسألة في مجلس السلطان الأعظم عندنا بمدينة السلام وأنا حاضر سنة سبع وثمانين وثلاثمائة فاحتج بأن قال : لأن الغرض من الحكام[٤] تنفيذ الأحكام ، وسماع البينة ، والفصل بين الخصوم وذلك متأت من المرأة كتأتيه من الرجل فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الأنثى والذكر وهذا القدر غير مؤثر [٥] فنقضه القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الطيب الأشعري [٦] شيخنا رحمه الله بالإمامة الكبرى لأن الغرض بها حفظ البيضة وحماية الجوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج وأموال المسلمين وصرفها في وجوهها قد يتأتي ذلك من المرأة كتأتيه من الرجل ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إماما .

---

(١) **ابن جرير الطبري** : محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر الطبري الإمام المفسر صاحب التصانيف البديعة سمع من السدي ومحمد الرازي وأحمد بن منيع وغيرهم وحدث عنه أبو القاسم الطبراني وأبو شعيب الحراني وغيرهم ت ٣١٠ .

(شذرات الذهب : ٢/ ٢٦٠ ، سير أعلام النبلاء : ١٤/ ٢٦٧) .

(٢) انظر الأحكام السلطانية - للماوردى - : ٦٥ ، المحلي : ١٠/ ٦٣١ ، المغني :٩/ ٣٩.

(٣) **أبو الفرج بن ظرارة** : - لعله - الإمام أبو الفرج أحمد بن محمد بن عمر بن حسن ابن المسلمه البغدادي المعدل سمع أحمد بن كامل وأبا بكر النجاد وروى عنه الخطيب وجماعة ت ٤١٥ هـ (سير أعلام النبلاء : ١٧/ ٣٤١) .

(٤) في م : الحاكم . (٥) في م : مؤثر .

(٦) أبو بكر بن الطيب : هو أبو بكر الباقلاني وقد سبقت ترجمته في مقدمة التحقيق في ص ٢٧ .

قلت أنا وينتقض أيضاً بالعبد فانفصل [1] وأجاب الشيخ [2] بأن قال : لا يمتنع أيضاً أن يكون الأصل في كل من استنيب في شيء يتأتى منه فعل [3] ذلك الشيء فإنه يصح [4] تأتيه فيه إلا أن يقوم دليل من جهة الشرع يمنعه ، وأجاب القاضي عن هذا بأنا لا نسلم أنَ يكون ذلك أصلاً في الشرع وإنما هو على حسب ما يقوم عليه الدليل من إطلاق أو تقييد قال : وهذا حيلة لدفع [5] النقض .

فصـل [١٠ - إذا كان القاضي لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما] :

إذا كان القاضي لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما احتاج إلى من يترجم عنه[6]، وقال أبو حنيفة يكفي في ذلك رجل واحد كان أو امرأة [7] ، وقال الشافعي لا يكفي في ذلك أقل من اثنين [8] ، ولا أحفظ في هذا الوقت شيئاً من متقدمي أصحابنا ، وفصل متأخرو شيوخنا فقالوا إن كان الإقرار يتضمن مالا أو يتعلق بالمال قبل رجل وامرأتان وإن كان مما لا يتضمن ذلك لم يقبل فيه إلا رجلان ، والأمر علي ما قالوه ، إلا أنه إن كان إقراره بمال أو دعواه بمال أو ما يتعلق بالمال فعندي أنه يخرج على وجهين : أحدهما أنه يقبل فيه رجل وامرأتان، والآخر لا يقبل فيه شهادة رجلين والذي لاجله وجب ذلك اختلافهم فيما يتعلق بالمال مما ليس هو في الحقيقة شهادة على مال هل يقبل فيه رجل وأمرأتان أم لا وذلك لأنهم اختلفوا في الشهادة على الوكالة بالمال [1] :

---

(١) فانفصل : سقطت من ق .

(٢) في م و ر : المحتج .

(٣) في ق : قبل .

(٤) في م و ر : يصلح .

(٥) في ق : لرفع .

(٦) انظر الكافي : ٤٩٨ .

(٧) انظر مختصر الطحاوي : ٣٢٩ .

(٨) انظر مختصر المزني : ٢٩٩ ، الإقناع : ١٩٧.

(٩) انظر التفريع : ٣١٦/٢ - ٣١٧ ، الكافي : ٣٩٤ - ٣٩٥ .

والوكالة في المطالبة والخصومة فيه ليست مالا وإنما هي فعل بدن وحكم يثبت فيه يجر إلى تعلق المال فكذلك في مسألتنا هي شهادة على لغة وهي أن معنى ما قاله باللغة العربية أنه إقرار بمال والشهادة على أن هذا اللفظ في لغة الخصم موضوع لهذا المعنى في لغة العرب ليست بشهادة على مال فيجب على هذا ألا يقبل فيه إلا شاهدان .

فصـل [١١ - متى يحلف الحاكم المدعى عليه للمدعي ؟] :

لا يحلف الحاكم المدعى عليه إلا أن يعلم أن بينهما مخالطة أو معاملة أو تهمة دون الاقتصار على مجرد الدعوى ، واختلف أصحابنا في تأويل ذلك [١] :

فمنهم من قال ينظر إلى الدعوى فإن كان مما يجوز ويشبه أن يدعي مثلها على المدعى عليه أحلف له ، (ومنهم من قال إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله [يعامل] [٢] المدعي فيما ادعى عليه أحلف له) [٣] ، ومنهم من قال إن المسألة على ظاهرها لا يحلفه الحاكم إلا أن يعلم بينهما مخالطة أو معاملة وهذا كله إذا كانا من أهل البلد أو مقيمين به ، وأما إن كانا غريبين فيحلفه ولا يعتبر مخالطته ولا غيرها ، وعند أبي حنيفة والشافعي أنه يحلف على أي وجه كان[٤].

فدليلنا أن ما قلناه مروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه [٥] وهو صحابي إمام ولا مخالف له ، ولأن من أصلنا الحكم بالذرائع ومعناها المنع من المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى المنوع ، وهذا موجود في مسألتنا لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات ، وربما افتدوا منها وربما بذلوا

---

(١) انظر الموطأ : ٢/٧٧٢ ، المدونة : ٤/٧٦ ، التفريع : ٢/٢٤٣ - ٢٤٤ ، الرسالة ٢٤٥ ، الكافي : ٤٨٥- ٤٨٧ .

(٢) طمس في ق .

(٣) ما بين قوسين سقط من م و ر .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ٣٦٤ ، مختصر المزني : ٣٠٦ - ٣٠٧ .

(٥) انظر سنن البيهقي : ١٠/٢٥٩،٢٦١ ، عبد الرزاق : ٨/٢٧٧ ، المحلي : ٩/٣٨٥

الشيء الذي يدعى عليهم كراهية أن يتحدث عنهم أنهم أقدموا على اليمين وحراسة لحسن الظن بهم وانتفاء التهمة (١) عنهم فلو كانت اليمين بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن يؤدى أهل الدين والقدراء ويتعرض لما لهم إلا وأظهر الدعوى فيحصل إما على شئ يأخذه أو على الأذية والذلة لهم ، وفى ذلك إضرار بالناس وتطريق إلى من يريد أذاهم إلى ما يريده لهم فوجب حسم الباب بالمنع منه حتى إذا كان مع الدعوى سبب يقويها وجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعيه المدعى ولا يلزم على هذا ألا يعديه (٢) لأن حضور مجلس الحاكم إذا لم تقارنه يمين لاهجنة (٣) فيه لأنه لم يتم للمحضر (٤) المدعى عليه ما أراد به .

فصل [١٢- فى تحكيم غير الحاكم] :

إذا حكم الرجلان بينهما رجلا ورضيا بحكمه فحكم بينهما بما يجوز فى الشرع لزمها ولم يعتبر موافقة حاكم البلد أو مخالفته (٥) ، وقال أبو حنيفة إن وافق ما حكم به رأى قاضى البلد لزم وإلا لم يلزم (٦) ، وللشافعى قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر يكون فتوى منه لا حكماً (٧) ، فدليلنا على لزومه خلافاً للشافعى قوله صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم » (٨) ، وقوله : « لكل مسلم شرطه » (٩) ، ولأنهما إذا تراضيا به لزمهما حكمه لإلزامهما أنفسهما وذلك كما لو رضي بقاض البلد ، ولا يشبه هذا الشهادة إذا

---

(١) فى م : الظن .

(٢) فى م : يغديه .

(٣) فى ق : لاسحبة .

(٤) فى ق : للحاضر .

(٥) انظر المدونة ٤/ ٧٧ ، التفريع : ٢/ ٢٤٨ ، الكلفى ٥٠١

(٦) انظر مختصر الطحاوى ٣٣٣ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى : ٤/ ٨٨

(٧) انظر الاقناع ١٩٧ ، المهذب : ٢/ ٢٩٠ - ٢٩١

(٨) سبق تخريج الحديث ص ١٠٤٤ .

(٩) سبق تخريج الحديث ص ١٠٤٤ .

قال فلان صادق فيما شهد به عليَّ ثم أنكر شهادته لأن الرضا بالشهادة ليس برضا بإجتهاد لأن الشهادة علم يؤديها الشاهد إلى الحاكم لامجال للإجتهاد فيها له أن ينكر إذا شهد عليه بالباطل ، والقضاء بخلافها لأن طريقه الاجتهاد فما رضيا بحكمه وعلما أنه يجتهد وأن اجتهاده ربما وافق مراد أحدهما وربما خالفه فقد دخلا على الرضا بما يكون منه .

فأما إذا حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع فلا يلزم كالشهود إذا شهدوا بالباطل لأنهما إنما رضيا بأن يحكم بالشرع لا بخلافه ، ودليلنا على أنه يلزم وإن خالف رأي قاض البلد أنه إذا ثبت أن يتراضيا به [1] فقد صار حاكماً ينفذ حكمه عليها وصار بمنزلة حاكم آخر في البلد لأن تراضيهما به يقوم مقام نصب السلطان له .

فصل [١٣ - في كتاب حاكم بلد إلى حاكم بلد آخر] :

إذا ثبت عند حاكم بلد حق لإنسان على رجل في بلد آخر وتعذر عليه إقامة بينة عند حاكم ذلك البلد جاز للحاكم الذي يثبت الحق عنده أن يكتب بما يثبت عنده له إلى حاكم ذلك البلد وعلى المكتوب إليه أن ينفذه إذا شهد شاهدان [2] بأنه كتاب ذلك الحاكم ولا تنفع الشهادة على حكمه دون لفظه بأنه كتابه [3] .

وإنما قلنا إن كتاب الحاكم إلى الحاكم يثبت به الحق للضرورة إليه [4] لأن البينة ربما يتعذر إقامتها عند ذلك الحاكم فلم يبق طريق إلا أن يكتب ذلك الحاكم به إلى من يلتمس تنفيذه للحكم لأنه لو لم يقبل ذلك لأدى إلى ضياع الحقوق ، ولأن كتاب الحاكم أوشهادة الشهود بثبوت الحق يثبت عند الحاكم [5] الثاني بشهادة الشهود عنده بحكم الأول به فكذلك شهادتهم عليه أن هذا كتابه .

---

(١) في م تراضيهما .
(٢) في ق : شاهد .
(٣) انظر المدونة : ٧٧/٤ ، التفريع : ٢٤٦/٢، الكافي الكافي : ٤٩٩ .
(٤) في ق : فيه .
(٥) الحاكم : سقطت من ق .

وإنما قلنا إن الشهادة على الخط لاتنفع لأن الخط لا يحكم باعتراف كاتبه على ما كتبه [1] لأنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها ولو لفظ كتبه لأخذ به .

فصـل [١٤ - إذا مات القاضى المكتوب إليه] :

وإذا مات المكتوب إليه أو عزل فجاء الكتاب إليه والمكاتبة للذي قبله لزم الثاني أن يحكم بما فيه (خلافاً لما حكي عن أبي حنيفة من أنه لا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بما فيه [2])[3] لأن الحاكم لا يخلو أن يكون كتب ما به قد حكم أو بثبوت حق عنده لم يحكم به : فإن كان قد كتب بأنه قد حكم فيلزم كل من ثبت عنده ذلك من الحكام تنفيذه ، وإن كان قد كتب بها يثبت عنده فذلك جار مجرى الشهادة على الشهادة فشهود الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة كذلك ها هنا .

فصـل [١٥ - في حكم الحاكم على الغائب] :

يحكم على الغائب إذا أقام الحاضر البينة وسأل الحكم له [4] ، وقال أبو حنيفة يسمع الحاكم دعوى الحاضر وبينته ولكن لا يحكم له على الغائب ولا على من هرب قبل الحكم وبعد إقامة البينة [5] ، ودليلنا قوله ﷺ لهند وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفأخذ من ماله فقال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » [6] ، وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما خطب الناس « ألا إن أسفيع : جهينه رضي لدينه وأمانته أن يقول سبق الحاج فادان معرضا وإنا بايعوا ماله فمن كان له عليه دين فليحضر [7] ولم يكن أسفيع حاضرا

---

(١) في ق : كتابه فإن على ما كاتبه .

(٢) انظر مختصر الطحاوى : ٣٣٠ .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) انظر التفريع : ٢/٢٤٩ .

(٥) انظر مختصر الطحاوى مع شرح الميداني : ٤/٨٨ .

(٦) سبق تخريج الحديث .

(٧) سبق تخريج هذا الأثر ص ١١٨٢ .

ولا أنكر ذلك على عمر أحد ، ولأنها بينة مسموعة طلب صاحبها الحكم بها فأشبه إذا كان الخصم حاضراً ، ولأنها دعوى مستحق على غائب قامت بها بينة فوجب أن يحكم بها أصله إذا ادعى على رجل أنه قتل وليه خطأ لا خلاف أنه يحكم له بالدية على العاقلة وإن كانوا غيبا لأن غيبة المدعى عليه لا تمنع الحكم عليه أصله إذا ادعى على ميت وأقام البينة أو ادعى على جماعة غيب أحدهم حاضر ، و لأن عدم الحضور بالموت أبلغ في التعذر منه بالغيبة فإذا قضى مع الموت فمع الغيبة [١] أولى ، ولأن ذلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس لأنه لا يشأ أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب فلا يمكن القضاء عليه ، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البينة عليه والفائدة في ذلك الحكم بها وإلا لم ينتفع باستماعها ، ولأنهم قد وافقونا على أن امرأة لو أدعت النفقة على زوجها وهو غائب وذكرت أن له وديعة عند رجل فأقربها فإنه يقضى لها بنفقتها ويؤخذ لها منه فكذلك سائر الحقوق .

فصل [١٦ - في التفريق في الحكم مع الغيبة بين الرباع وغيرها] :

وإنما فرقنا بين الرباع وغيرها من الأموال لأن الرباع مأمونة لا يخاف عليها فاستحسن مالك رحمه الله التوقف عن الحكم فيها مع الغيبة [٢] ، وأن لا يعجل بذلك إلى أن يقدم الغائب فيذكر حجة إن كانت له ويحكم عليه بما لا يحتاج إلى نقض بعده ، وعنه رواية أخرى أنه لا فرق بين الرباع وسائر الأموال في وجوب القضاء على الغائب .

فصل [١٧ - في كون حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه وحقيقته] :

حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه عما هو عليه ولا يحيله عن حقيقته ، ولا

---

(١) في ق : غيبة .

(٢) في ق : الغيب .

فرق في ذلك بين ما يملك الحاكم ابتداؤه وبين مالا يملكه في أن حكمه إذا كان عن سبب غير صحيح لم ينفذ في الباطن ، ومثال ذلك أن يدعى رجل على أجنبية أنها زوجته ويقيم على ذلك شاهدي زور فيشهدان فيحكم الحاكم بشهادتهما هذا حكم لا يصح في الباطن ولا يحل المرأة له فإن وطئها مع علمه فهو زان، وكذلك لو أدعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثا وشهد بذلك شاهدا زور فحكم الحاكم بالفرقة فإنها لا تطلق عندنا وتكون المرأة على حالها ولا يجوز لها أن تزوج بذلك الحكم ولا لأحد الشاهدين أن يتزوجها هذا وما أشبه من نظائره[1] ، وقال أبو حنيفة في هذه المسائل إن حكم الحاكم يزيل الشيء عن حقيقته في الباطن [2] .

ففي المسألة الأولى إذا حكم له الحاكم بالزوجية جاز له أن يطأها وتصير زوجته عند الله تعالى ، وقال في المسألة الثانية أنها تصير مطلقة بحكم الحاكم بشهادة الزور بطلاقها ويجوز لها أن تتزوج ويجوز لأحد شاهدي الزور أن يتزوجها وهو يعلم أن الزوج لم يطلقها ،وإن حكم الحاكم بطلاقها إنما كان عن شهادة الكذب، وقال في نوع آخر وهو أن يدعي على ذات محرم أنها زوجته وشهد له بذلك شاهدا زور أن الحكم لا ينفذ في الباطن ولا تكون زوجته ، وكذلك إذا أقام شاهدي زور في دعوى مال [3] فحكم له الحاكم فإنه لا ينفذ ، وفصلوا بين الموضعين بأن لكل موضع جاز أن يكون للحاكم في ابتداء فعله ولاية نفذ حكمه فيه ظاهراً وباطناً ، وكل موضع لا ولاية له في ابتداء فعله لم ينفذ حكمه إلا في الظاهر دون الباطن قالوا فالأول مثل ما قدمناه في ادعاء الزوجية والطلاق وإنما

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٤١ - ٢٤٢ ، الرسالة : ٢٤٧، الكافي : ٤٧٥ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٣٥٠ .

(٣) في ق : الحاكم .

نفذ حكمه في الظاهر والباطن لأن للحاكم ولاية عقد النكاح وفي أن يطلق على غيره ، ومثال الثاني ادعاء زوجية ذوات المحارم وادعاء مال لأن الحاكم لا ولاية له في تزويج ذوات [1] المحارم ولا في نقل الأموال وكذلك لو ادعى رجل على أنه قتل وليا له وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم بالقود لم يكن للمحكوم له أن يقتل لأن الحاكم ليس له أن يبتدىء القتل .

فدليلنا قوله عز وجل : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [2] فحرم المحصنة وهي التي لها زوج إلا أن يملك الكوافر [3] بالسبي ، وعند المخالف أن التي لها زوج تحل متى حكم الحاكم بشهادة زور أنها قد طلقت أو أن يقيم شهادة زور بتزويجه إياها ، وقوله عز وجل : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيم حدود الله﴾ [4] فعم ، وعندهم أنها لا تحل [5] له أن يراجع نكاحها وإن لم يطلقها إذا حكم [6] الحاكم بشهادة زور أنه طلقها ، وقوله ﷺ : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما استمع فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار » [7] ، وهذا صريح [8] بأن حكمه بها ليس بجائز للمحكوم له

---

(١) في ق : ذوات المحرم .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

(٣) في ق : كالكوافر .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠.

(٥) في م : أنها تحل .

(٦) في م : إذا شهد .

(٧) أخرجه البخارى في المظالم باب إثم من خاصم في باطل : ٣/١٠١ ، ومسلم في الأقضيه باب الحكم بالظاهر : ٣/١٣٣٧.

(٨) في م : تصريح .

ولا يحل له بسبب غير صحيح في الباطن فلم ينفذ الحكم له في الباطن ، كادعاء زوجية ذوات المحارم والحكم بالمال ، ولأنه حكم بشهادة زور فلم ينفد في الباطن كالمال ، ولأن كل شاهدين لو علم الحكم بحالهما لم (يجز له الحاكم بشهادتهما فإذا حكم فيها مع الجهل بحالهما لم ينفذ)[1] حكمه في الباطن كالكافرين والعبدين .

* * *

(١) ما بين القوسين سقط من م .

باب [في اشتراط العدالة في الشهادة]

العدالة معتبرة في الشهادة وشرط في قبولها والحكم بها ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ واشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ [1] ، وقوله ﷺ : « فإن شهد ذوا عدل فصوموا وافطروا » [2] ، وللإتفاق على أن شهادة الفاسق غير مقبولة ، وقوله ﷺ لهلال بن أمية : « ألا أن يجلد هلال بن أمية ويبطل شهادته في المسلمين » [3] يريد بخروجه عن العدالة بثبوت قذفه ، ولا خلاف في ذلك [4].

فصـل [١ - في عدم اكتفاء الحاكم من العدالة بظاهر الإسلام] :

لا يجوز للحاكم أن يكتفي من العدالة بظاهر الإسلام دون البحث عن حالها والسؤال عن طرائقها والعلم بعدالتهما [5] ، وقال أبو حنيفة يكفيه ظاهر إسلامها ويحكم بشهادتهما ولا يلزمه البحث عن عدالتهما إلا أن يجرحهما الخصم [6] ، ودليلنا قوله تعالى ﴿ واشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ [7] يعنى من المسلمين فعلم أن

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٢ .

(٢) سبق تخريج الحديث ص ٤٥٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث ٨٩٨ .

(٤) انظر بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/ ٦٤٠ ، شرح مسلم - للنووي - : ١/ ١٥٠ ، المغني : ٩/ ١٦٤ ، فتح الباري : ٥/ ٢١١ .

(٥) انظر المدونة : ٤/ ٧٩ ، التفريع : ٢/ ٢٣٨ ، الرسالة : ٢٤٦ ، الكافي : ٤٦١.

(٦) انظر مختصر الطحاوي : ٣٦٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني -: ٤/ ٦١ .

(٧) سورة الطلاق ، الآية : ٢ .

العدالة معنى زائد على العلم بالإسلام ، وقوله ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾[1] والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله [2] ولا يكفي في ذلك العلم بصحة اعتقاده لأن (أفعاله قد تكون مخالفة لما يوجب اعتقاده)[3] ، وروي عن عمر رضي الله عنه أن رجلين شهدا عنده فقال : لا أعرفكما ولا يضركما ألا أعرفكما جيئاني برجل يعرفكما فجاءاه برجل فقال أتعرفهما قال : نعم ، قال : أكنت معهما في السفر الذي يكشف أخلاق الناس قال : لا ، قال : أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما ، قال : قال لا ، قال : أعاملتهما بالدنانير والدراهم التي تتقطع بهما الأرحام ، قال لا ، قال يا بن أخي ما تعرفهما جيئاني بمن يعرفكما [4] . وهذا قوله بحضرة المهاجرين والأنصار والصحابة ولم ينقل عن أحد خلافه ، ولأن العدالة أمر مشروط في الشهادة يمكن اعتبار باطنه فلم يجز أن يحكم بظاهره ، أصله دار الإسلام لأن ظاهر الدار الإسلام ، و لأنها شهادة يتعلق بها حكم الحاكم فلا يكتفي فيها بظاهر الإسلام ، أصله إذا كان في قتل أو حد .

فصل [٢ - في صفة العدل] :

صفة العدل الجائز الشهادة :[5] أن يكون بالغا عاقلاً حرا مسلما ثقة أمينا غير فاسق بفجور ولا كذب متيقظا غير غافل فطنا ضابطا عارفاً بالشهادات وصفة تحملها التي يجوز معها إقامتها متحرزا من الحيل التي تنم على من قل تيقظه [6]

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٢) في ق : عن ذلك .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) أخرجه البيهقي : ١٠/١٩٧ .

(٥) أنظر الموطأ : ٢/ ٧٢٠ ، المدونة : ٤/ ٧٩ ، التفريع : ٢/٢٣٨ - ٢٣٩ ، الرسالة : ٢٤٦ ، الكافي : ٤٦١ - ٤٦٢ .

(٦) في ق : تحفظه .

من الشهود بعيدا عن التهمة بالشره ودناءة النفس حافظا لمرؤته ليس بينه وبين المشهود له أو عليه التهمة معه من بمحبة إيصال نفع إليه أو دفع ضرر عنه أو ضد ذلك من إلحاق ضرر به ولا في الشهادة بذلك النوع المشهود فيه ما يوجب من التهمة ما قدمناه .

والتهمة المراعاة في الشهادات تكون في ثلاثة مواضع : في المشهود له والمشهود عليه والشيء المشهود به ، وتفصيل هذه الجملة : أن الولد لا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته من قرب منهم أو بعد وكذلك الوالدان والأجداد للولد وولد الولد وإن سفلوا ذكورهم وإناثهم الوارث منهم وغير الوارث ، وكذلك شهادة أحد الزوجين لصاحبه ، والسيد لعبده ، وشهادة من له دين على مفلس بحق له على آخر ، وشهادة الوصي لمن يلي عليه ، وفي شهادته عليهم روايتان : إحداهما الجواز والأخرى المنع ، ومن عدى الوالدين والمولودين من سائر القربات جائز شهادتهم لأقاربهم كالأخ والعم وولدهم [١] إلا أن تعرض تهمة من دفع عار أو إثبات ولاء للشاهد أو نسب أو أن يكون في عياله أو تناله صلته أو معروفه وما أشبه فيمنع فيه دون سائر الحقوق .

ولا تقبل شهادة الصديق الملاطف ولا السؤّال [٢] المتكففين للناس .

وأما التهمه في المشهود عليه فشهادة العدو على عدوه ، والشهادة بجرح من شهد على أبيه[٣] وأخيه أو ببعض من لا تجوز له شهادته كجد فإن هذا يتهم بدفع العار عنهم بشهادته .

وشهادة الخصم لا تقبل مثل أن يشهد بجرح من يشهد عليه بزنا أو قتل أو حق

---

(١) وولدهم : سقطت من ق .

(٢) قال صاحب التفريع : ولا تجوز شهادة السؤال الذين يطلبون صلة الناس ومعروفهم (التفريع : ٢/٢٣٦).

(٣) في م : ابنه .

سائر الحقوق ، وكل من منع الشهادة له فشهادته عليه جائزة مقبولة [١] وكل من لم تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة .

وأما التهمة في الشهادة والشيء المشهود به فمثل شهادة البدوي على الحضري[٢] في الحقوق الممكن الاشهاد عليها في الحضر دون القتل والجراح ومما لا يمكن تعمد الإشهاد عليه ومثل شهادة ولد الزنا وشبهه ، وفي شهادة التائب من كبيرة كان عليها أو تاب منها خلاف بين أصحابنا هل يقبل في ذلك النوع أم لا ، ومثل شهادة الكافر بعد إسلامه والصبى بعد بلوغه والفاسق بعد عدالته والعبد بعد عتقه فيما كانوا يشهدون به فردت شهادتهم فيه (لأنهم يتهمون على ذفع العار عنهم بقبول ما ردت شهادتهم فيه) [٣] .

وإذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وما لا تهمة فيه ردت في الجميع ولم تقبل فيما لا تهمة فيه وإن جمعت بين ما ترد لغيره التهمة وبين ما لا ترد فيه قبلت فيما لا ترد وردت فيما لا تقبل فيه ، ومثال الأول أن يشهد بشهادة لنفسه ولأجنبي ، أو يشهد اثنان كل واحد منهما لصاحبه بكتاب واحد أو يشهد بحق واحد لأبيه[٤] ولأجنبي فلا تقبل في الجميع ، وإذا شهد بالوصية له فيها شيء فإن كان ذا بال لم تقبل أصلاً وإن كان يسيراً لاخطب له ولا تسبق التهمة إليه أن يكون شهد لأجلها فيها ثلاث روايات :

إحداها قبول الشهادة في الجميع ، والأخرى ردها في الجميع والثالثة ردها فيما له بال وقبولها فيما ليس له بال ، ومثال الثاني أن يشهد النساء بوصية فيها مال وعتق أو يشهدان بطلاق ودين بشهادة واحدة فيقبلن في الدين دون الطلاق

---

(١) في م : غير مقبوله ، وهو غلط .

(٢) في ق : القروى .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : لابنه .

وتقبل شهادة القاذف ما لم يجلد فإذا (جلد لم تقبل إلا أن يتوب وإذا تاب شاهد الزور وعرفت توبته قبلت شهادته) [(١)] ، وقال عبد الملك إن كانت حاله في الظاهر كحال مالك بن أنس والعمري [(٢)] فلا تقبل شهادته من بعد لأنه لا يستطيع زيادة على ما كان يظهر منه ، وإن كان دونهما جازت شهادته بعد توبته إذا ظهر منه من حسن الحال زيادة على ما كان يعرف منه .

فصل [٣ - في اشتراط البلوغ في العدالة] :

أما اشتراط البلوغ فلأن العدالة من صفات التكليف فهي تتضمن البلوغ ، وقد قال النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم » [(٣)] ، والبلوغ مشترط في كل الشهادات إلا في موضع ضرورة خرج عن القياس فأجريت كشهادة من يعقل الشهادة من الصبيان فيه للضرورة على أوصاف نذكرها، ومنعت في كل موضع سواه فلا يجب أن يعترض به على الأصل ونحن نبينه .

فصل [٤ - في شروط قبول شهادة الصبيان] :

شهادة الصبيان تقبل في الجراح والقتل على شروط تسعة :[(٤)] .

أحدها أن يكونوا ممن يعقلون الشهادة ،والثاني أن يكونوا ذكوراً ، والثالث أن

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) العمري : الإمام القدوة أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله بن صاحب رسول الله ﷺ عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوى العمري المدني روى عن أبيه وعن أبي طوالة وعنه : ابن عيينة وابن المبارك وغيرهم ت ١٨٤ هـ (شذرات الذهب : ٣٠٦/١ ، سير أعلام النبلاء : ٣٧٣/٨) .

(٣) سبق تخريج الحديث ٢٦٢ .

(٤) انظر الموطأ : ٧٢٦/٢ ، المدونة : ٨٠/٤ ، التفريع : ٢٣٧/٢ ، الرسالة : ٢٤٦ .

يكونوا أحراراً ، والرابع أن يكونوا مسلمين والخامس أن يكون ذلك في قتل أو جرح ، وبعض أصحابنا يقول تكون في الجراح دون القتل ، والسادس أن يكون ذلك فيما بينهم خاصه لا لصبي على بالغ ولا لبالغ على صبي ، والسابع أن يكون ذلك قبل أن يفترقوا ويغيبوا ، والثامن أن تتفق شهادتهم ولا تختلف ، والتاسع أن يكون من شهد منهم اثنان فصاعدا .

وعند أبي حنيفة والشافعي لا تقبل على وجه [1] ونحن نتكلم على جواز قبولها في الجملة ثم ندل على وجوب اعتبار ما ذكرناه من الشروط فيها .

فصل [٥ - في الدليل على قبول شهادة الصبيان على الصفة المشترطة] :

ودليلنا على قبولها على الصفة المشترطة فيها أن ذلك إجماع الصحابه لأنه مروي عن علي وابن الزبير ومعاوية رضي الله عنهم ولا مخالف لهم ، وروي أن علياً رضوان الله عليه كان يأخذ بأولى شهادة الصبيان [2] ، وروى مالك عن هشام [3] بن عروة عن أبيه أن ابن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح [4] ، وروى قتادة أن معاوية كان يجيز شهادة بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا [5] ، ولا مخالف لهم ولأن الضرورة تدعوا إلى قبولها لأنا لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى أمور ممنوعة وذلك أنا قدندبنا إلى تدريبهم [6] على الحرب وتعليمهم الرمي والصراع واستعمال السلاح للحاجة إلى الجهاد وأن

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٣٣٥ ، مختصر المزني : ٣٠٥ .

(٢) عبد الرزاق : ٨/ ٣٥٠ - ٣٥١ ، كنز العمال : ٧/ ٢٥ ، المحلي : ١٠/ ٦١٤ - ٦١٥ .

(٣) عن هشام : سقطت من ق .

(٤) الموطأ : ٢/ ٧٢٦ ، البيهقي : ١٠/ ١٦٢ .

(٥) انظر المحلي : ١٠/ ٦١٤ .

(٦) في ق و ر : تضربهم .

ذلك مما يجب أن يلزموا [١] عليه وبالقوة من الصغر لينشؤوا عليه ويألفوه ومعلوم أنه لا بد أن يخلوا بنفوسهم لما يتعاطونه [٢] من ذلك ولاسيما العرب فإن ذلك لها مع أولادها عادة قد طبعوا عليها ولو انتظر إلى أن يشهدوا [٣] أمورهم كبيرا يكون معهم لضاق عليهم لأنه لهم عادة في كل وقت ركوب الخيل وما جرى مجراه وهم من الجنس المحقون دماهم وكانت الجراح والدماء قد غلظ أمرها وشدد الأمر في حفظها بما زادت [٤] على سائر الحقوق فقبلت فيها الأيمان مع اللوث وليس ذلك في غيرها حياطة لها ومعلوم أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يكون بينهم الجراح التي ربما أدت إلى القتال أو إلى ما دونه فلو لم تقبل شهادتهم لأدى إلى أشياء ممنوعة : إما إلى أن لا يجوز لهم التعليم إلى أن يبلغوا وذلك خلاف الإجماع ، أو إلى ألا يمكنوا من الرمي ولا علاج بسيف أو رمح إلا إذا كان معهم شهود عدول وهذا أيضاً معتذر ومؤدى [٥] إلى أن يتعلموا إلى أن لا يفعلوا من ذلك ما يؤدى [٦] جراح فهذا أيضاً غير منضبط ولا متأت لهم أو إلى أن ذلك إن جرى أهدرت جراحهم ودماؤهم وهذا أيضاً خلاف الواجب لأنه لا يجوز لنا أن نبيح لهم [٧] ما يؤدي إلى هدر دمائهم واضاعتها فلم يبق إلا ما قلناه وقد ألزمونا على هذا قبول شهادة العبيد وقد احترزنا منهم بأنهم يجب أن يكونوا من أهل الشهادة بعد البلوغ ، وألزمونا اجتماع النساء في الصنيع إذا جرى بينهم ، من الجراح فأجبنا على ذلك قل ما يقع وما يفعلونه [٨]

---

(١) في ق : يضربوا وفي ر : أن يترابوا .

(٢) في ق : يتعاوضونه .

(٣) في ق : أن تواسطوا .

(٤) في م : زيدت .

(٥) في م : وجزء.

(٦) في م : ما لا يؤدى .

(٧) في ق : نبيحهم .

(٨) في م : وما تعلق .

من ذلك منهي عنه ، والتزمه [1] قوم من متأخرى أصحابنا ، وألزمونا المال فأجبنا عنه بأن الدماء لها حرمة فاحتيط لها ما لم يحتط لغيرها .

فصـل [٦ - دليل اشتراط العقل في شهادة الصبيان] :

فإذا ثبت وجوب قبولها في الجملة فإنما راعينا اعتبار العقل لأن الغرض من قبول شهادتهم [2] أن يؤدوا إلينا [3] ما علموا من الحال الحادثة [4] التي يشهدون بها وذلك لا يتأتي إلا من العاقل فكان شرطا معتبرا فيها .

فصـل [٧ - دليل اشتراط الذكورية في شهادة الصبيان] :

وإنما شرطنا الذكورية لأن الإناث لا مدخل لهن في إثبات الدماء ، وقد روي عن مالك جواز قبول شهادة الإناث الأحرار [5] ، ووجه ذلك اعتبارهن بالبالغين في كونها لوثا في القسامة على إحدى الروايتين .

فصـل [٨ - دليل اشتراط الحرية في شهادة الصبيان] :

وإنما شرطنا الأحرار لأن العبيد لا مدخل بجنسهم في الشهادة أصلاً ولا يلطخ بها في دم .

فصـل [٩ - دليل اشتراط الإسلام في شهادة الصبيان] :

وإنما شرطنا الإسلام لأن البالغين من الكفار لا تقبل شهادتهم فالأصاغر أولى.

فصـل [١٠ - دليل شهادة الصبيان في جرح أو قتل] :

وإنما شرطنا أن يكون ذلك في جرح أو قتل لحرمة الدماء ووجوب حفظها وعدم الضرورة في ذلك إلى غيرها ، ووجه قول من يفرق بين الجراح والقتل من

---

(١) في ق : والزمه .

(٢) في م : الشهادة .

(٣) في ق : النساء .

(٤) في ق : الجارية .

(٥) انظر المدونة : ٤/٨٣ ، التفريع : ٢/٢٣٨ ، الكافي : ٧٤٠ .

أصحابنا أن القتل أغلظ أمراً من الجراح بدليل أن القسامة فيه دون الجراح وشهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على أضعف الأمرين ، والصحيح التسوية بينهما لأنها ليس الواجب بها قتل وإنما الواجب بها مال فلا معنى للتفريق بينهما .

فصـل [١١ - في اشتراط قبول شهادة الصبيان قبل التفريق] :

وإنما شرطنا أن يكون ذلك قبل التفرق لأن الغالب من حالهم أن يخبرون بالصدق إذا بدهوا ويؤدون الأمر على ما جرى عليه وأنهم إذا تفرقوا غيبوا ولقنوا وتعلموا الكذب وقد روي هذا المعنى عمن أجاز شهادتهم من الصحابة .

فصـل [١٢ - اشتراط اتفاق شهادة الصبيان] :

وإنما شرطنا أن يكون ما يؤدونه متفقا لأن الغرض من قبول قولهم أن يغلب على الظن صدقهم فيما يخبرون بموضع اختلاف أقوالهم وتناقضها مما يغلب على الظن كذبهم وتعلمهم وإخبارهم عن الأمر بخلاف ما هو عليه فلم يقبل .

فصـل [١٣ - اشتراط كون عددهم اثنان] :

وإنما شرطنا أن يكون عددهم اثنين لأن شهادة واحد غير مقبولة في البالغين ففي الأصاغر أولى ، فإذا ثبت ما ذكرناه عدنا إلى تفصيل أصل المسألة .

فصـل [١٤ - في اشتراط العقل في الشهود] :

وإنما شرطنا العقل لقوله تعالى ﴿ وما شهدنا إلا بما علمنا ﴾(١) ، وقوله ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ (٢) والمجنون غير مرضي ولا علم له بما شهد به ، وقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : فذكر المجنون » (٣) وذلك يفيد أنه لا حكم لقوله ولا خلاف في ذلك (٤) .

---

(١) سورة يوسف ، الآية : ٨١ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٢٦٢ .

(٤) بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/ ٦٤٠ ، شرح مسلم - للنووي - : ١/ ١٥٠ ، المغني : ٩/ ١٦٤ ، فتح الباري : ٥/ ٢١١ .

فصـل [١٥ - في اشتراط كون شهادة الصبيان فيما بينهم] :

وإنما شرطنا أن يكون ذلك فيما بينهم لأن الكبير لا ضرورة به إلى مخالطة الصبيان فكان قولهم يسقط مع مشاهدة الكبار ، ولأن القياس يمنع قبول شهادتهم وإنما أجيزت للضرورة فيجب قصرها على قدر ما دل عليه الدليل .

فصـل [١٦ - في اشتراط الحرية في الشهادة] :

وإنما شرطنا الحرية ، خلافا لداود في قوله أن شهادة العبد مقبوله لسيده ولغيره [(١)] ، لقوله تعالى ﴿ واشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ [(٢)] وهذه الإضافة تفيد الحرية دون الإسلام لأن غير المسلم ليس بعدل ، ولأنه نوع نقص يمنع الميراث بينه وبين الأحرار فوجب أن يمنع قبول الشهادة كالكفر ، ولأن الشهادة مبنية على التفاضل والكمال وكل ما هذه سبيله فلا مدخل للعبد فيه كالرجم .

فصـل [١٧ - في اشتراط الإسلام في الشهادة] :

وإنما شرطنا الأسلام خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن شهادة الكفار مقبولة على أهل ملتهم وعن سائر أنواع الكفر [(٣)] ، لقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ [(٤)] ولا تخلو هذه الإضافة أن تكون إلى الدين أو الحرية أو النسب وأي ذلك فالكافر لا مدخل له فيه والنسب غير معتبر باتفاق ، ولأن كل من لا تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفاسق الملى [(٥)] ، ولأنه فاسق بفعله كالملي ، ولأن فسق المسلم أدون منه وشهادته غير مقبولة فشهادة الكافر أولى .

---

(١) انظر المحلى : ٥٩٨/١٠ .

(٢) سورة الطلاق ، الآية : ٢ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ٣٣٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٤/ ٦٣ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٥) في م : الولى .

فصـل [١٨ - اشتراط الثقة في الشاهد] :

وإنما شرطنا أن يكون ثقة لأن ذلك من صفات العدالة لأن الكذاب والخائن فاسقان غير عدلين ولا مرضيين فلم يجز قبول شهادتهما .

فصـل [١٩ - اشتراط الأمانة في الشاهد] :

وإنما شرطنا الأمانة لأن ضدها الخيانة وذلك فسوق [١] والخائن غير عدل و لا مرضي وإنما شرطنا نفى الفجور والكذب لأن ذلك من ضروب الفسق الذي هي أبلغ ما يفسق به الفاسق ولاخلاف في ذلك [٢] .

فصـل [٢٠ - اشتراط الضبط والفطنة والتحرز في الشاهد] :

وإنما شرطنا الضبط والفطنة والتحرز لأنه مالم يكن كذلك تمت عليه حيلة الخصم فلا يؤمن أن يشهد بالزور والكذب فإذا كان متحرزاً متيقظا [٣] أمن عليه ذلك وأدى الشهادة سليمة مما يخاف عليه من الزلة فيها ، ولذلك أصل في الشهادات وهو جعل أمرأتين بإزاء شهادة [٤] واحد من الرجال لأن الغالب من شأن النساء السهو وقلة التحصيل ولذلك قال ﷺ : « إنكن ناقصات عقل ودين» [٥] ، وذكر في نقصان العقل أن شهادة امرأتين مقام شهادة رجل فيتم عليها حيلة لا يؤمن معها أن تؤدي الشهادة على خلاف ما هي عليه فضممنا إليها أخرى لأن ذلك يبعد عن الجماعة ويؤمن فيها غالباً وكل هذا يدل على وجوب ما رعيناه في الشهود .

---

(١) في م : فسق .

(٢) انظر : المغني : ٩/١٦٤ ، فتح البارى : ٥/٢١١ .

(٣) في ق : متنقظا .

(٤) في م : شاهد .

(٥) سبق تخريج الحديث ص ١٥٠٦ .

فصـل [٢١ - اشتراط كون الشاهد عارفا بالشهادات] :

وإنما شرطنا أن يكون عارفا بالشهادات ووجه تحملها لأنه متى لم يكن كذلك لم يكن مرضيا وقد شرط الله تعالى الرضا في قبول الشهادة والجاهل ليس بمرضي ، و ليس يكفي في ذلك أن يكون من أهل الدين دون أن يضاف إليه العلم لما يشهد به ومعرفة آداء الشهادات ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحملها لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع قبولها معه فلم يجز .

فصـل [٢٢ - اشتراط بعد الشاهد عن الشرة ودناءة النفس] :

وإنما شرطنا بعده عن الشره ودناءة النفس [١] لأنه إذا كان معروفاً بذلك سقطت مروءته وسبقت الظنة إليه وتسرع إليه التهم أنه إنما يشهد لشيء يعطى له وذلك قادح في العدالة والدين مزيغ [٢] الصدق والأمانة فوجب حسم الباب بانتفائه عن الشاهد .

فصـل [٢٣ - اشتراط حفظ المروءة في الشاهد] :

وإنما شرطنا الحفظ للمروءة لأن من لا يحفظ مروءته ويراعيها ليس بمرضي ، ولأنه إذا أهملها دل ذلك منه على إهماله دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حق الله وسبقت الظنة إليه وقدح ذلك في عدالته ، وإنما شرطنا نفي التهمة في الجملة لقول ﷺ « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين[٣] ولا جار لنفسه » [٤]، وروي: «لا

---

(١) في م.: والدناءة .

(٢) في ق : مؤمن وفي م : موقع .

(٣) ظنين : أي متهم (المصباح المنير : ٣٨٧) .

(٤) أخرجه أبو داود في المراسيل والبيهقي : ١٠/٢٠١ ، وأخرجه مالك موقوفا على عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ٢/ ٧٢٠ ، وله طرق يقوي بعضها بعضا (انظر تلخيص الحبير : ٤/٢٠٣) .

تقبل شهادة ذي ظنة »[1] ، ولأن ذلك لوجاز[2] لقبلت شهادة الإنسان لنفسه ولم يحتج إلى غيره فإذا كان غيره يتهم له جرى مجرى شهادته لنفسه .

فصل [٢٤ - في منع قبول شهادة الولد لوالديه ، وشهادتهما له] :

ونتكلم على التفصيل لهذه الجملة على ما قدمناه ، و إنما منعنا من قبول شهادة الولد لوالديه وشهادتهما له خلافاً لداود وغيره في إجازته ذلك[3] لقوله ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين »[4] والظنة موجوده هاهنا لأنه معلوم بالطبائع[5] أن الابن يحب نفع أبيه والأب يحب إيصال المنفعة إلى ابنه ورفع الضرر عنه ويؤثر ذلك على منفعه نفسه فضلا من غيره فربما دعاه ذلك إلى أن يشهد له في الزور ويركب كل محظور في تخليصه من ضرر يقع فيه أو إيصال نفع إليه،(وقد قال تعالى ﴿ وأصلح لى في ذريتي ﴾[6])[7] وقد قال ﷺ « فاطمه بضعة مني يريبني ما يريبها »[8] .

---

(١) أخرجه البيهقي : ٢٠١/١٠ ، والحاكم : ٩٩/٤ ، وقال صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي .

(٢) في ق : لو كان .

(٣) أجاز أحمد في إحدى الروايتين عنه قبول شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة ، وروي ذلك عن داود وشريح ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور وغيرهم (انظر المغني: ١٩١/٩) .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) في م : بالطباع .

(٦) سورة الأحقاف ، الاية : ١٥ .

(٧) ما بين قوسين سقط من م .

(٨) أخرجه البخاري في فضائل الصحابة باب مناقب فاطمة : ٢١٩/٤ ، ومسلم في فضائل الصحابة باب فضائل فاطمة : ١٩٠٢/٤ .

فصـل [٢٥ - في منع قبول شهادة سائر الوالدين والمولودين] :

وإنما أجرينا سائر الوالدين والمولودين من بعد منهم مجرى من قرب للاتفاق على ألا فرق بينهما في ذلك لأن عمود الولاده يجمعهم ، ولأن التهمة قائمة في الجنس لاتخصص ببعض منه وإن كانت في الأقرب [١] أكثر .

فصـل [٢٦ - في منع شهادة أحد الزوجين للآخر] :

وإنما منعنا من قبول [٢] شهادة أحد الزوجين للآخر خلافا للشافعي [٣] لقوله ﷺ : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » [٤] والظنين المتهم والتهمة حاصلة بين الزوجين في غالب الطباع ودليل ذلك الشرع والعادة ، أما الشرع فقوله تعالى : ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ [٥] فأخبر تبارك وتعالى أن الزوجية سبب لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر وإنه طبعهم على التحابب [٦] والتودد والحنو [٧] والرأفة [٨] ونبه على تأكيد ذلك بقوله : ﴿ خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها﴾ [٩] وقوله ﴿ إن من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم ﴾ [١٠] فجعل هذين الجنسين غاية ومثلا يستطرف وقوع العداوة من مثلها لأنهما الغاية في المحبة والعطف

---

(١) في م : الأقارب .

(٢) من قبول : سقطت من م .

(٣) انظر المهذب : ٢/ ٣٣١ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) سورة الروم ، الآية : ٢١ .

(٦) في م : الحنة .

(٧) في م : التجبب .

(٨) في م : الرقة .

(٩) سورة الروم ، الآية : ١٤ .

(١٠) سورة التغابن ، الآية : ١٤ .

التي لا زيادة فوقها فدل ذلك على قوة التهمة وتأكدها ، وأما العادة فالعلم بأن الإنسان يحب نفع زوجته ويهوى هواها [(١)] ويكره ضررها حتى أنه يغضب لها أهله وأقاربه وينتفع بما لها ويتبسط فيه ويتجمل به وأنه ينتهى في محبتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمة ، وإذا صح ذلك كانت هذه التهمة مانعة من قبول شهادة أحدهما للآخر كالأب والابن ونحوه قياساً فنقول لأنها شهادة تقوي التهمة وأسبابها من الشاهد والمشهود له فكانت مردوده أصله شهادة الأب لابنه ، ولأنها شهادة يجر بها الشاهد نفعاً إلى نفسه فلم تقبل كشهادته لنفسه ولغريمه .

فصــل [٢٧ - في منع شهادة السيد لعبده] :

وأما شهادة السيد لعبده فإنها أدخل في المنع من جميع ما ذكرناه [(٢)] ، لأن التهمة قائمة فيها إن شهد فيها بغير مال على مثل تزويج أو رجعة أو ما أشبه ذلك، وإن شهد بمال كانت شهادته لنفسه لأنه يملك عبده وماله .

فصــل [٢٨ - في منع شهادة الغريم لغريمه] :

فأما شهادة الغريم لغريمه المفلس [(٣)] فلأنه متهم فيه أيضاً أن يكون إنما شهد له أن يصل المال إليه فيكون كأنه شهد لنفسه فلم يقبل ، ولأنه خصم وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » .

فصــل [٢٩ - في منع شهادة الوصي لمن يلي عليه] :

وإنما منعنا شهادة الوصي لمن يلي عليه [(٤)] لأنه يجر بها إلى نفسه نفعا وهو جواز تصرفه في المال وكونه في قبضه لحق ولايته ، ووجه قوله إن شهادته عليهم تقبل لانتفاء التهمة عنهم فيها بخلاف الشهادة لهم لأنه يخرج عن يده ما لا يقطع حق ولايته فيه ، ولأن كل من لم تقبل شهادة إنسان له قبلت عليه كالأب والابن،

---

(١) في ق : يهواها .

(٢) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٦ .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٣٦٢ .

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٦ ، الكافي : ٤٦١ .

ووجه قوله إنها لا تقبل اعتباراً بالشهادة لهم لأنها شهادة في حق لوليه [1] بولاية لأن التهمة قائمة في الموضعين لأنهم [2] يخرج عنهم مالا بقوله ولزمه بحق الولاية حفظه .

فصـل [٣٠ - في إجازة شهادة سائر القرابة عدى من ذكرناه] :

وإنما أجزنا شهادة سائر القرابة عدى من ذكرنا لأن التهمة تضعف فيها ولا تقوى قوتها في الولادة والزوجية وإنما منعناها إذا كان في عيال من يشهد له لأن التهمة تقوى فيها فيمتنع قبولها ، وكذلك في دفع العار مثل أن يقذف أخوه رجلا ويشهد هو وثلاثة على المقذوف بأنه زنى فلا يقبل لأنه بشهادته يدفع العار عن أخيه لأن عاره ينجر إليه ، وكذلك لو قذف أخاه رجل وأتى بأربعة شهداء أنه زنى ثم شهد هذا الأخ بجرحهم [3] (فلا يقبل لأنه متهم بالجرح) [4] أن يريد دفع العار عن أخيه .

فصـل [٣١ - في منع شهادة الصديق الملاطف] :

وإنما منعنا قبول شهادة الصديق الملاطف إذا كانت تناله الصله والمعروف خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [5] ، لقوة التهمة لأنه معلوم أنه من بينه وبين غيره صداقة ومودة فإنه يبره ويصله وأنه يحب جر النفع إليه ودفع الضرر عنه فردت شهادته له وعلى نحو من ذلك شهادة السؤال بل الرد [6] فيهم أولى لأن الصدقة قد يكون معها البر وقد لا يكون والسؤال أمرهم مبني على التماس البر من أدنى وجوهه .

---

(١) في ق : تولية .

(٢) في م : لأنه .

(٣) في م : بالجرح .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

(٥) انظر شرح فتح التقدير : ٦/٣١ ، المهذب : ٢/ ٣٣٠ - ٣٣١ .

(٦) في ق : البر .

فصــل [٣٢ - في منع شهادة العدو على عدوه] :

ولمثل ذلك منعنا شهادة العدو على عدوه [١] خلافاً لأبي حنيفة [٢] لأن الطباع تقضي أن العدو يحب ضرر عدوه وإذايته ويتهم بإدخال الضرر عليه بشهادته عليه فمنعناها لأجل ذلك كما منعناه في الصديق لقضائها بضد ما تقضي به في العدو والتهمة قائمة في الموضعين .

وتحريره أن يقال بأن بينهما تهمة غالبة في الطباع فكانت مؤثرة في رد الشهادة كالتهمة بين الأب والابن على أن نص الخبر شاهد لنا وهو قوله ﷺ « لا تقبل شهادة خصم ولاظنين ولاذي غمر على أخيه » [٣] .

فصــل [٣٣ - في منع شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد] :

وإنما منعنا قبول شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد لأنه خصم في ذلك وقد قال ﷺ « لا تقبل شهادة خصم » [٤] .

فصــل[٣٤ - في من منعت شهادته له قبلت عليه] :

وإنما قلنا من منع شهادته (له قبلت عليه ، ومن منع شهادته عليه قبلت له)[٥] لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتنتفي من الآخر فحيث توجد منعناها وحيث تنتفي نجيزها لأنها هي العلة المؤثرة .

فصــل [٣٥ - في منع شهادة البدوي على القروي] :

وإنما منعنا شهادة البدوي على القروي في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٣٥ ، الكافي : ٤٦٢ .

(٢) انظر شرح فتح القدير : ٤/١٦٦ ، حاشيه ابن عابدين : ٤/ ٣٠٠ .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٥٢٨ .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٥٢٨ .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

الحاضر [١] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٢] ، لقوله ﷺ : « لا تقبل شهادة بدوي على قروي » [٣] وروي « على صاحب قرية » [٤] ولأن التهمة تقوى في هذه الشهادة لأن الناس لايتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلدهم ويستشهدون بالأباعد وأهل البدو [٥] إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من الحضر لا يشهدون في ذلك فيعدلون إلى من لايعرفه ، ولذلك قلنا إنها تقبل في الجراح وفيما يتفق من الحقوق في البادية التي يخاف فواتها والتجاحد إن وقف عليها إلى الحصول في الحضر لانتفاء التهمة فيها .

فصل [٣٦ - في عدم قبول شهادة ولد الزنا] :

وإنما قلنا إن شهادة ولد الزنا لا تقبل في الزنا خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[٦]، لقوله ﷺ : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » [٧] والظنه هاهنا موجودة لأنه يحب أن يكون غيره مشاركاً له في المعرة ، والعادة تقضي بذلك لأن كل معرور[٨] بأمر لازم لا يفارقه يحب أن يكون غيره مثله [٩] ولو أمكنه لا يبقىَ

---

(١) في ق : الحاضره .

(٢) انظر شرح فتح القدير : ٦/ ٤٠ ، الإقناع : ٢٠٣ .

(٣) أخرجه أبو داود في الأقضية باب شهادة البدوي على أهل الأمصار : ٤/ ٢٦ ، وابن ماجه في الأحكام باب من لا تجوز شهادته : ٢/ ٧٩٣ ، و البيهقي : ١٠/ ٢٥٠ ، والحاكم : ٤/ ٩٩ ، وقال الذهبي : هو حديث منكر على نظافة إسناده (انظر تلخيص المستدرك : ٤/ ٩٩) .

(٤) في رواية البيهقي : ١٠/ ٢٥٠.

(٥) في م : البلد .

(٦) انظر شرح فتح القدير : ٦/ ٤٦ ، الإقناع : ٢٠٣ .

(٧) سبق تخريج الحديث ١٥٢٨ .

(٨) معرور : من به عرة أو معرة وهى الفضيحة (انظر المنير : ٤٠١) .

(٩) في م : مشاركاً له .

أحد إلا يكون مثل حاله لأحب ذلك لئلا ينفرد بالعار فيكون في مشاركة غيره له سلوة وقد نبه الله تعالى على هذا المعنى بقوله ﴿ ولن ينفعكم اليوم إذا ظلمتم أنكم في العذاب مشتركون ﴾ [(١)] معناه لما كنتم تعتقدون في الدنيا من المشاركة في الشدة يحدث معها السلوة لمن هو فيها غير خالصة [(٢)] لكم ، ونحو ذلك روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : ودت الزانية أن النساء كلهن زنين [(٣)] ، فأخبر أن ذلك طبع في الناس أن المعرور يحب أن يشاركه كل واحد في معرته ليقل من يعيره بذلك وإذا صح قوة التهمة في هذه الشهادة بما ذكرناه وجب ردها .

فصـل [٣٧ - في شهادة من كان على كبيرة] :

وأما من كان على كبيرة مثل الزنا وشرب الخمر [(٤)] وغيره فتاب منها ، فوجه القول أن شهادته لا تقبل في مثل ذلك الشيء اعتباره بمسألتنا بعلة أنه معنى يلحق به العار فاتهم بمشاركة غيره له في المعرته ، ووجه القول بأنها تقبل أن معرة هذه الأشياء تزول بالتوبة منها كالكافر يسلم ويفارق ولد الزنا لأن معرته لا تزول فالتهمة لا تفارقه .

فصـل [٣٨ - في عدم قبول شهادة الفاسق والكافر والصبي والعبد بعد زوال العدل المناعة] :

وإنما قلنا في الفاسق والكافر والصبي والعبد إنهم إذا شهدوا بشهادة فردت ثم شهدوا بها بعد زوال العلل المانعة من قبول شهادتهم أنها لا تقبل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(٥)] فيمن عدا الفاسق للتهمة منهم أن يكونوا إنما شهدوا بها

---

(١) سورة الزخرف الآية : ٣٩ .

(٢) في ق : خاصلة .

(٣) ذكره ابن قدامة في المغني : ١٩٦/٩ ، وشكك في نسبه ذلك لعثمان رضي الله عنه .

(٤) في م : والسرب .

(٥) انظر مختصر [illegible] : ٣٣٣ ، الإقناع : ٢٠١ .

ليزول عنهم العار [1] بردها ، واعتبارا بالفاسق لأنهم موصوفون بنقص ينافي العدالة فوجب إذا شهدوا حال وجود هذا النقص ثم زال أنهم إذا أعادوها لا تقبل كالفاسق .

فصــل [٣٩ - إذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه] :

وإنما فرقنا بين أن تجمع الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه أنه يرد الجميع وبين أن تجمع أنواعها تقبل شهادة ذلك [2] في بعضها ولا تقبل في البعض فقبلناها فيما تقبل فيه لأن في المسألة الأولى تقوى التهمة أن يكون إنما شهد بما لا يتهم فيه ليقبل فيما يتهم فيه وذلك كما يشهد لابنه ولأجنبي بحق فإنما شهد للأجنبي لأنها إذا قبلت في حقه قبلت في حق ابنه فردت في الجميع ، وفي المسألة الأخرى لاتهمة فيه فوجب قبولها .

فصــل [٤٠ - فيمن شهد في وصية له فيها شيء] :

والصحيح من الروايات فيمن شهد في وصية [3] له فيها شيء ألا تقبل شهادته لا في حقه ولا في حق غيره [4] لأن مع التهمة لا تتبعض الشهادة على ما ذكرناه .

فصــل [٤١ - في قبول شهادة القاذف ما لم يجلد] :

وإنما قلنا إن شهادة القاذف تقبل مالم يجلد لأنه على العدالة لا يثبت فسقه إلا بأن يثبت عليه البينة فيجلد ، فإذا جلد ثبت فسقه فلم تقبل شهادته لقوله عز وجل ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا

---

(١) في م : العادة .

(٢) في م : ذلك الشاهد .

(٣) في ق : وصيته .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٨٢ ، التفريع : ٢/ ٢٣٧ ، الرسالة .

تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ [1] وإنما أجزنا شهادته بعد التوبة خلافاً لأبي حنيفة [2] لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ [3] ، و لأن كل من ردت شهادته لفسق قبلت عند زوال فسقه اعتبارا بالزاني والسارق .

فصل [٤٢ - في قبول شهادة شاهد الزور بعد توبته] :

وإنما قلنا في شاهد الزور إن شهادته تقبل إذا تاب لأن فسقه يزول بالتوبة فأشبه شارب الخمر وغيره من الفساق إذا تابوا ، وعبد الملك أجراه مجرى الزنديق لأنه إذا كان في الظاهر كمالك بن أنس والعمري فإنه لا يوصل إلى توبته وإلى العلم بها لأنه لا يقدر أن يزيد على ما كان عليه وقد كان بتلك الصفة وهو فاسق فشكل حاله .

* * *

---

(١) سورة النور الآية : ٤ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٣٣٢ ، مختصر القدوري : ٤/ ٦٠ .

(٣) سورة النور الآية : ٥ .

باب [– في التزكية]

القدر الذي يلزم في التزكية : أن يشهد الشاهد لمن يزكيانه أنه عدل رضي ولا يكفي أحد الوصفين عن الآخر ولا يكفي من ذلك أن يقول لا أعلم له زلة ولا جريمة [(١)] ولا أعلم إلا خيراً وإني لأرضى به لي وعلي [(٢)] ، وإنما قلنا لا بد من وصفه بالعدالة والرضا لأن الله تعالى شرطهما في قبول الشهادة وقال : ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [(٣)] وقال : ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [(٤)] ومعنى العدالة [(٥)] : هو الاستواء والاستقامة ولذلك تنتفي الشهادة مع التهمة والغفلة وغيرهما لأن أحوال الشاهد غير مستقيمة معهما .

وإنما قلنا إنه لا يجزى من ذلك أن يقول لا أعلم إلا خيراً أولا أعلم له زلة لأن ذلك شهادة بنفي [(٦)] فلا يستفاد بها شيء ، ولأن التزكية في العدالة إثبات عدالة الشاهد والأخبار عما لا يعلمه الحاكم منه ، فإذا قال لا أعلم له زلة ولا أعلم إلا خيراً كان بمنزلة الحاكم لأن الحاكم أيضاً لا يعلم له زلة ، وقد يعلم منه الخير والتدين ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا ، وأما قوله إني رضي به لي وعلي فليس بتزكية أيضاً لأنه قد يرضى بغير العدل وبالمغفل [(٧)]

---

(١) في م : خزية .

(٢) انظر المدونة : ٤/١٠٤ ، ١٠٥ ، التفريع : ٢/٢٣٩ ، الرسالة : ٢٤٦ ، الكافي : ٤٦٥ .

(٣) سورة الطلاق ، الاية : ٢.

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٥) في م : العدل .

(٦) في ق : تنقي .

(٧) م : وبالمتغفل .

والمتهم لغرض له وقد لا يرضى العدل المرضي علي حسب اختياره فليس على رضا الإنسان لأموره غمار [1] فلم يكن قوله هذا مؤثرا في التزكية .

فصـل [١ - في قبول شهادة من عرفه القاضي بالعدالة والرضا] :

ومن عرفه القاضي بالعدالة والرضا قبل شهادته ولم يحتج إلى أن يشهد عنده بتزكية ، وكذلك المشتهر بالصلاح والدين لأن الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنه من أهل الشهادة فإذا عرف منه أغناه عن التزكية ، وليس ذلك حكما بالعلم لأنه أمر يظهر ولا يخفى أعني العدالة والفسق ، و لأنه قد يتوقف عن قبول شهادته ويقبله غيره من الحكام ولو كان حكما لم يجز نقضه ،وإذا كان الحاكم لا يعرفه لم يثبت عدالته إلا بشهادة عدلين وبأن يعلمه صاحب مسائله بما عرف من حديثه لأنه خليفته وقائم في التزكية والجرح مقامه ، و التعديل الذي يكون شهادة لا يكون إلا باثنين [2] .

فصـل [٢ - في تعارض الجرح والتعديل في التزكية] :

إذا عدل رجلان رجلا وجرحه آخران ففيها روايتان :[3] إحداهما أن ينظر إلى أعدل البينتين فيؤخذ بها ، والأخرى أن شهادة الجرح أولى من التعديل .

فوجه الأولى تعارض البينتين في أمر طريقه الاجتهاد فوجب الحكم بأعدلهما ، أصله في الأموال ، ووجه الثانية أن الجرح يخفى ولا يظهر فالشاهدان به عرفا من حال المجروح ما خفي عن المعدلين فكانت شهادتهما أولى ، ولأن ذلك كالخبرين الحاظر والمبيح إذا تعارضا أن الحاظر أولى .

* * *

---

(١) غمار : أي مستورة (انظر المصباح المنير : ٤٥٢) .

(٢) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٩ ، الكافي : ٤٦٥ - ٤٦٦ .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٢٣٩ ، الكافي : ٤٦٥ .

باب [- في حكم تحمل الشهادة]

تحمل الشهادة فرض في الجملة ، لقوله تعالى ﴿ تعاونوا على البر والتقوى﴾[1] وذلك من أفضل البر لأنه يتعلق به حفظ أموال الناس وحقوقهم وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده ، وقوله : ﴿ كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾[2] ، وقوله ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ [3] وذلك على عمومه في التحمل والأداء ، وقوله تعالى ﴿ ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ﴾ [4] قال سفيان بن عيينه [5] : هو ما يدفع الله بالشهود من التجاحد والتظالم [6] ، وقوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾ [7] .

فصــل [١ - في أن تحمل الشهادة من فروض الكفايات] :

إذا ثبت أن ذلك فرض في الجملة فإنه من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقين فهو جار مجرى غسل الميت ودفنه والصلاة عليه ومجرى الجهاد

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١٣٥ .

(٣) سورة البقرة ، الاية : ٢٨٢ .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٥١ .

(٥) سفيان بن عيينه : ابن أبي عمران ميمون مولى محمد بن مزاحم ، أبو محمد الهلالي الكوفي ثم المكي سمع من عمرو بن دينار وابن شهاب وغيرهما وحدث عنه الأعمش وابن جريج وغيرهما قال الشافعي : لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز ت١٠٧هـ (شذرات الذهب : ١/ ٣٥٤ سير أعلام النبلاء : ٨/ ٤٥٤).

(٦) انظر الجامع في أحكام القرآن : ٣/ ٢٦٠ .

(٧) سورة الطلاق ، الاية : ٢ .

وغيره من فرائض [1] الكفايات والدليل على ذلك [2] أنها براءة للتوثق وحفظ الحقوق فإذا حصل هذا المعنى بالبعض سقط عن الباقين كما ذكرناه .

فصـل [٢ - في تعين فرض تحمل الشهادة] :

وإذا ثبت ، فقد يتعين فرضها في بعض المواضع وقد لا يتعين : (فالمواضع التى يتعين) [3] أن يدعى الشاهد إلى تحمل الشهادة وهناك جماعة كبيرة ممن يتحملها فإنه يجب على اثنين منهم بغير أعيانهم فمن قام منهم بها سقط عن الباقين .

وأما المواضع التي يسقط فيها فهو أن يدعى إلى تحمل شهادة قد تحملها غيره فلا تلزمه الإجابة لأن الغرض قد سقط بمن قام بها وتحملها ، وأما المواضع التي يتعين فيها فرضها فمثل أن يدعى إلى تحملها وليس هناك غيره فتلزمه الإجابة وكذلك لو كان هناك من يتحملها إلا أنه يتعذر وجودهم أو يخاف بانتظارهم فوات الحادث مثل موت الموصي أو جحود المقر أو ما أشبه ذلك فتلزمه الإجابة وهذا إذا لم يكن له ما يعذر به فإن كان له عذر من مرض أو زمانه أو حق مثل ذلك الحق يخاف فوته وما أشبه ذلك من الأعذار لم [4] يلزمه .

فصـل [٣ - في حكم أداء الشهادة] :

فإذا ثبت تحملها على الوجه الذي ذكرناه ، فأداؤها فرض أيضاً على الكفاية وحكمها حكم التحمل في التعيين وغيره ، فإن دعي إلى إقامتها وهناك من يقيمها غيره لم تلزمه الإجابة لأن المقصود من الأداء إثبات الحق عند الحاكم فإذا حصل المقصود سقط الغرض ، وكذلك إن كان من يسقط الغرض به كالصلاة على الجنازة ، وأما إن دعي ولم يكن قد أشهد سواه أو اشهدوا سواه ولكن تعذر إحضارهم لبعد أو غيبة أو موت أو مرض فإنه يتعين عليهما الحضور والأداء

---

(١) في م : فروض .

(٢) في م : على أنها إنما تراد .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : فلا .

لأن في امتناعهما إتلاف الحق وإضاعته ، والدليل على وجوب الأداء في الجملة قوله تعالى : ﴿ ولا يأبَ الشهداء إذا مادعوا ﴾ [1] قوله تعالى : ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ [2] وقوله عز وجل : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾[3]، ولاخلاف في ذلك [4] والله أعلم .

* * *

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٢) سورة الطلاق ، الاية : ٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٤) انظر مراتب الإجماع : ٥٣ ، المغني : ٩/١٤٦ .

باب [- في أقسام البينة]

البينة مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها والمحتاج إلى إقامتها وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتخفيف والتثقيل وإمكان التوثق وتعذره على ما نبينه من بعد ، و البيانات على اختلاف مراتبها في القوة والضعف لا تخرج من أقسام[1]:

أحدها : أربعة شهود رجال بالغون ، والثاني : شاهدان رجلان ، والثالث : شاهد وامرأتان ، والرابع : شاهد ويمين المدعي ، (والسادس : شاهد المدعي ونكول المدعى عليه ، والسابع : امرأتان ونكول المدعى عليه)[2] والثامن : يمين المدعي ونكول المدعى عليه ، والتاسع : يمين المدعي مع قوة السبب ، والعاشر : امرأتان بانفرادهما والحادي عشر : شهادة الصبيان في الموضع الذي ذكرناه ،والثاني عشر : أيمان الأولياء في الدم مع اللوث ، والثالث عشر : شهادة السماع ، والرابع عشر : كتاب قاض إلى قاض ،والخامس عشر : معرفة العفاص والوكاء في اللقطة لأن ذلك كالبينة ، وربما أغفلنا شيئاً يجري ما ذكرناه فنبينه بقدر ما أوردناه عليه .

فصــل [١ - في الحقوق المشهود بها] :

الحقوق المشهود بها على سته أضرب : أحدهما أحكام تثبت في البدن (ليست بمال ويطلع عليها الرجال على غالب الحال ، والثاني أحكام تثبت بالبدن تتعلق بالمال ، والثالث أحكام تثبت في البدن لا يطلع عليه الرجال بل النساء كعيوبهن والولادة)[3] ، والرابع : شهادة على مال ، الخامس : شهادة على

---

(١) انظر : الموطأ : ٧٢٢/٢ ، المدونة : ٩٦/٤ ، التفريع : ٢٤٢/٢ ، الرسالة : ٢٤٧ ، الكافي : ٤٧٨ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) ما بين قوسين مطموس في ق و م وتم إكمال النقص من ر .

ما كان المقصود منه المال وهذا كالقسم الذي قبله وإن انفرد عنه ، السادس ما يجمع القسمين من هذه الأقسام أو أكثر .

فإذا ثبت هذا فانقسام البينات على الحقوق على وجوه أحدها : ما لا مدخل فيه لشهادة النساء أصلا ولا يقبل فيه إلا الرجال ،والآخر ما يقبل فيه الرجال والنساء ولا يقبل فيه النساء بانفرادهن ، والثالث ما تقبل فيه النساء بانفرادهن ، والرابع ما يقبل فيه الرجل الواحد والمرأتان مع يمين المدّعى ثم بقية الأقسام علي ما قدمناه .

فصـل [٢ - في الأحكام التي تثبت في البدن ليست بمال] :

أما الأحكام التي تثبت في البدن ليست بمال ويطلع عليها الرجال في غالب الحال كالزنا والقذف والقتل والنكاح والرجعة والطلاق والإعتاق والإحصان [١] والتعديل والتجريح ورؤية الأهلة والشهادة على الشهادة [٢] وما أشبه ذلك فهذا لا يقبل فيه إلا الرجال .

فالأربعة في الشهادة على إثبات الزنا وذلك على ثلاثة أوجه : إما شهادة على رؤية الزنا فهو المتفق عليه ، وإما شهادة على الشهادة به وإما الشهادة على كتاب الحكم به وهذان مختلف في الشهادة بهما [٣] : فقيل يكفي شهادة اثنين على شهادة كل واحد من الأربعة وعلى كتاب الحاكم به ، وقيل لا يكفي إلا أربعة على كل واحد من الأربعة وكذلك على كتاب القاضي .

وأما الشاهدان فلسائر الأحكام التي تثبت في البدن وفي المال مما عددناه .

وأما الشاهد والمرأتان والشاهد ويمين المدعى والمرأتان واليمين فلحقوق الأموال وما المقصود منه المال ، وأما المال فمثل أن يشهدوا أن فلاناً أقرض [٤]

---

(١) في م : الإصلاح .

(٢) في ق : الشهادات على الشهادات .

(٣) انظر المدونة : ٤/ ٨٢ ، ٨٣ ، التفريع : ٢/ ٢٤٠ ، الكافي : ٤٦٦ .

(٤) في ق : اقترض .

فلاناً ما لا أو أودعه أو أعاره أو غصبه وما أشبه ذلك ، وما المقصود منه المال كالبيع والإجارات والشفعة والرهن والقراض والمساقات والصلح والكفالات وجنايات الخطأ والعمد التي لا قود فيها وما ضارع ذلك مما يكون المقصود منه المال فهذا كله يثبت بالشاهد والمرأتين وبالشاهد ويمين المدعي .

وأما الشاهد ونكول المدعى عليه يقبل في كل موضع قبل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين ، وقد اختلف في قبوله في الطلاق والعتاق فعنه في ذلك روايتان وكذلك في نكول المدعى عليهم مع اللوث وقد بيناه في موضعه ، وأما الأحكام بالبدن المتعلقة بالمال مثل الشهادة على الوكالة بطلب المال وعلى إسناد[١] الوصية التي ليس فيها إلا المال فقد اختلف أصحابنا فيها فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يجوز فيها شاهد وامرأتان ، و قال أشهب وعبد الملك لا تقبل فيها إلا رجلان .

وأما المرأتان ونكول المدعى عليه فإنه يقبل في كل موضع يقبل فيه الشاهد (واليمين وليس في كل موضع يقبل فيه الشاهد)[٢] والنكول ، وكذلك يمين المدعي مع النكول ، وأما يمين المدعي مع قوة السبب فمثل يمين المشتري[٣] في الاختلاف في ثمن المبيع بعد قبض السلعة لأن يمينه[٤] قد قوي بالقبض ، فأما المرأتان بانفرادهما ففي حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا كالولادة والاستهلال والرضاع وعيوب النساء وما أشبه ذلك .

وأما شهادة الصبيان واللوث واللقطة فقد ذكرناه وأما شهادة السماع ففي ما يتغير[٥] ولا يزول وذلك مثل النسب والموت والولاء والحبس المتأبد وقيل في النكاح .

---

(١) في م : أشهاد .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) في م : المشترك .

(٤) في م : سببه .

(٥) في ق : ما لا يتغير .

فأما كتاب القاضي فإنه يقبل في كل شيء من الحقوق والحدود ولا يثبت إلا بشاهدين إلا ما ذكرناه من الخلاف في كتابه بشهادة الزنا عنده ، هذا جملة من القول في أقسام البينة والأحكام المشهود فيها ونحن نتكلم على تفصيلها .

فصـل [٣ - في إثبات حد الزنا] :

فأما قولنا إن الحد في الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال فقد بيناه في كتاب الحدود وقد ذكرنا توجيه الخلاف فيما يتعلق ب ، وإنما منعنا أن لا يقبل في أحكام الأبدان التي يطلع عليها الرجال إلا شهادة رجلين خلافاً لأبي حنيفة [(١)] أنه يقبل في جميعها شهادة النساء مع الرجال كالطلاق والرجعة والنكاح وغير ذلك إلا ما أوجب قتلاً أو حداً ، فلقوله تعالى فى الطلاق والرجعة ﴿ واشهدوا ذوي عدل ﴾ [(٢)] وهذا كناية عن ذكرين ، واعتبارا بالقتل ، وما يوجب الحد بعلة أنه من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال وهذا علة تستمر في التعديل والتجريح وكل ما هو من بابه .

فصـل [٤ - في قبول الشاهدين والشاهد والمرأتين في المال] :

وإنما قلنا إن الشاهدين والمرأتين يقبلان في المال أو ما يكون المقصود منه المال ، لقوله جل ذكره ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾[(٣)] ، ولا خلاف في ذلك [(٤)] .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٢٣٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٤/٥٦ .

(٢) سورة الطلاق ، الآية : ٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٤) بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/٦٤٧ ، المغني : ٩/١٥١ ، فتح الباري : ٥/٢٠٣ .

فصل [٥ - في الحكم بالشاهد واليمين في المال وحقوقه] :

وإنما قلنا إن الشاهد واليمين يحكم به في المال وحقوقه خلافاً لأبي حنيفة في منعه الحكم به على كل وجه [٦] ، لما روي أن رسول الله ﷺ : قضى باليمين مع الشاهد [٢] ، ولأن كل حجة يسقط بها المدعي عليه عن نفسه المطالبة جاز أن تكون في جنبة المدعي ، أصله البينة ، ولأن الأصول موضوعة على أن اليمين تكون في جنبة أقوى المتداعيين سببا لقوة سببه ، وأن البينة يطالب بها أضعفهما سببا لضعف سببه ألا ترى أنها تجب بالابتداء على المنكر لقوة سببه على المدعي لأن الأصل براءة ذمته مما أدعي عليه ، وإذا صح ذلك فسبب المدعي قد قوي بالشاهد فوجب أن يكون اليمين في جنبته .

فصل [٦ - في قصر الحكم باليمين والشاهد في الأموال دون الأبدان] :

وإنما قلنا إن ذلك في الأموال أو ما يتعلق بها دون حقوق الأبدان للإجماع على ذلك من كل قائل باليمين والشاهد وقصرهم إياها على هذا النوع [٣] ، ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقوق الأبدان بدلالة قبول النساء فيها، (وقد اختلف قوله في جراح العمد هل يجب القود فيها بالشاهد) [٤] واليمين فعنه فيه روايتان : إحداهما أنه يجب به التخيير بين القود والدية ومن جنس [٥] عمده ما لا يجب فيه إلا مال بخلاف النفس ، والأخرى أنه لا يجب لأنه من حقوق الأبدان وهو الصحيح .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٣٣٣ .

(٢) أخرجه مسلم في الأقضية باب القضاء باليمين والشاهد : ٣/١٣٣٧ .

(٣) انظر المغنى : ٩/١٥١ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) في ق : ومن حبس عنده .

فصـل [٧ - في قبول شهادة امرأتين ويمين المدعي في الأموال وحقوقها] :

وإنما قلنا إنه يقبل في الأموال وحقوقها شهادة امرأتين ويمين المدعي خلافاً للشافعي [١] ،لأنهما قد أقيما في الشرع مقام رجل واحد في الشهادة على الأموال لقوله عز وجل : ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [٢] فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة امرأتين مع اليمين ، ولأنهما إحدى شرطي شهادة المال كالشاهد الواحد ، ولأنه سبب مؤثر في الحكم قويت به حجة المدعي فجائز [٣] أن يحلف معه ، أصله الشاهد الواحد .

فصـل [٨ - في الحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعي عليه] :

وإنما قلنا إنه يحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعى عليه خلافاً للشافعي [٤] لأن النكول سبب مؤثر في الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به ، أصله يمين المدعي ، ونبين تأثيره في الحكم أنه إذا نكل المدعى (عليه انتقلت اليمين إلى حنبة المدعي) [٥] فحلف وكان نكوله كشاهد ، ولأن الشاهد[٦] أقوي من يمين المدعي بدليل أنه إنما يحتاج إلى اليمين مع عدم الشاهد وأن اليمين مختلف في دخولها في بينة المدعي والشاهد غير مختلف فيه ، وأن

---

(١) انظر مختصر المزني : ٣٠٧ ، الإقناع : ٢٠١ ، المهذب : ٢/٣١٢ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٣) في م : فجاز .

(٤) انظر المهذب : ٢/٣١٢ ، ٣٣٥ .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) في ق : لشهادة .

الشاهد يدخل في البينه في جميع الحقوق وأن اليمين [(١)] مضاف إليه وهو لا يضاف إليها وإذا ثبت تأكيده على اليمين ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف السببين [(٢)] يحكم به كان إذا انضاف إلى الأقوى والآكد أولى .

فصـل [٩- في ثبوت الوكالة بالمال بشهادة رجل وامرأتين] :

ووجه القول في الوكالة بالمال إنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين أنها شهادة على مقصود به المال كالشهادة على البيع والإجازة، ووجه منع قبولها أن الوكالة فعل بدن ليست بمال قال عبد الملك : لأن الشاهد واليمين لا يقبل فيهما فكذلك الرجل والمرأتان لأن أحدهما لا يقبل إلا حيث يقبل الآخر .

فصـل [١٠ - في الحكم بشهادة أمرأتين مع النكول] :

وإنما قلنا يحكم بشهادة أمرأتين مع النكول لأنها أحد شرطي شهادة المال كالشاهد الواحد .

فصـل [١١ - في الحكم بيمين المدعي ونكول المدعى عليه] :

وإنما قلنا إنه يحكم بيمين المدعي ونكول المدعى عليه في الأموال وما يتعلق بها لأنها سببان مؤثران في تنفيذ الحكم فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما كالشاهد واليمين وذلك أن النكول مؤثر في وجوب الحكم به إذا انضم إليه شاهد وامرأتان وكذلك كون اليمين في جنبة المدعى .

فصـل [١٢ - في عدم الحكم بمجرد النكول] :

ولا يحكم بمجرد النكول دون أن ترد اليمين على المدعي فيما ترد فيه فإذا حلف حكم له على المدعى عليه [(٣)] ، وقال أبو حنيفة إذا نكل المدعى عليه عن

---

(١) وأن اليمين : سقطت من م .

(٢) في م : البينتين .

(٣) انظر الموطأ : ٢/ ٧٢٢ ، التفريع : ٢/٢٤٣ ، الكافي : ٤٧٢.

اليمين كررت عليه ثلاث فإن حلف وإلا حكم عليه بنفس نكوله ولا ترد اليمين على المدعي هذا إذا كانت الدعوى في المال .

واتفقوا على أنه لا يحكم بالنكول في قتل العمد وجراحه ، ثم اختلفوا في حكمه فعند أبي حنيفة أنه يحبس إلى أن يحلف أو يعترف ، و عند أبي يوسف يحكم عليه بالدية [1] فالكلام معهم في موضعين : أحدهما : هل يحكم بالنكول بمجرده أم لا ، والآخر هل يلزم رد اليمين على المدعي أم لا .

فدليلنا على أنه لا يحكم بمجرد النكول اتفاقنا على أنه لا يحكم به في دعوى دم العمد فكذلك في سائر الحقوق بعلة أنه نكول عن اليمين توجهت على المدعى عليه ولأنه نكول لايحكم به دم العمد فلذلك في غيره أصله الأول والثاني ولأن البينة حجة للمدعي في إثبات ما يدعيه واليمين حجة للمنكر فيها ينفيه وقد ثبت أن المدعي لو قعد عن إقامة البينة لم يسقط حقه ولم يحكم عليه بضد ما ادعاه فكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين لأن المدعى عليه لو أمسك عن جواب المدعي أو قال لا اعترف ولا أنكر ولا أحلف لم يلزمه فهذا حكم وهو نكول على الأمرين عن الاعتراف وعن اليمين فكان بنكوله عن اليمين وحدها أولى .

ودليلنا على وجوب اليمين مع النكول قوله ﷺ في القسامة « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا لم نحضر قال : فتبرأ لكم اليهود بخمسين يمينا»[2] وهذا رد اليمين ، ولأن ذلك إجماع لأنه مروي عن عمر وعثمان وعلى وأبي بن كعب [3] رضوان الله عليهم ولامخالف لهم ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم للمدعي على سبب واحد وإنما يحكم بسببين كالشاهدين ، أو كشاهد ويمين ، أو كشاهد وأمرأتين ، أو شاهد ونكول ، فأما النكول وحده فإنه

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ٣٦٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني :٤/ ٣٠ - ٣١ .

(٢) سبق تخريج الحديث ص ١٣٤٥ .

(٣) انظر البيهقي : ١٠/ ١٢٣، ١٧٧ ، عبد الرزاق : ١٠/ ٣٥، ٤١ ، والمغني : ٩/ ٢٣٣ .

سبب واحد فلابد أن ينضاف إليه غيره فإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعي ، ولأن اليمين في الدعوى يتوجه على أقوى المتداعيين سببا ولذلك وجبت في الأصل على المنكر وانتقلت إلى المدعي إذا كان له شاهد ، وإذا [1] ثبت ذلك فالمدعي في هذا الموضع أقوى سببا من المنكر لأن ذلك قد أضعف جنبته [2] بنكوله فانتقلت اليمين إلى جنبة المدعي .

فصل [١٣ - في الحكم باليمين مع قوة السبب] :

وأما اليمين مع قوة السبب فقد بيناه فيما تقدم من اختلاف الزوجين في قبض الصداق ومقداره والمتبايعين في مقدار الثمن والعرف في التداعي ووجه ذلك أن العرف أصل يقوى به سبب المدعي فإذا كان كذلك انتقلت اليمين إلى جهته كما لوكان معه شاهد ألا ترى أن العرف يرجع إليه ويحكم به إذا لم يكن هناك غيره مثل الخلاف إذا وقع في النقد والسير والحمولة وغيرها .

فصل [١٤ - فيما تقبل فيه شهادة النساء] :

وإنما قلنا إن شهادة النساء مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا من أحكام الأبدان في الجملة بانفرادهن [3] مثل عيوب النساء والولادة وما في معنى ذلك لأن الشهادة رتبت في الشرع على حسب الأشياء المشهود بها وتأكدها وضعفها وإمكان التوصل إلى إثباتها : فجعل في الزنا أربعة رجال لأنه غلظ فيه فجعل التغليظ من وجهين : أحدهما الجنس والآخر العدد ، وجعل في القتل وغيره من حقوق الأبدان شاهدان رجلان فغلظ فيه من وجهة الجنس فقط لأنه لم يطلب

---

(١) في ق : وإنما .

(٢) في م : سبب نفسه .

(٣) انظر المدونة : ٨١/٤ ، التفريع ٢٣٧/٢ ، الرسالة : ٢٤٦ ، الكافي : ٤٦٩.

فيه من الستر ما طلب في الزنا ، وجعل فيه القسامة مع اللوث لتأكد أمره لئلا يجتري الناس على الدماء .

وجعل في الأموال شهادة النساء مع الرجال لأنها أحفظ حرمة من الأبدان ودعت الضرورة في هذا الموضع أعني الولادة وما تعلق بها إلى قبول شهادتهن منفردات كما دعت إلى قبول شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح لأنها لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى إضاعة دمائهم كذلك في هذا الموضع لو لم تقبل شهادة النساء في الولادة وما يجري مجرها لأدى ذلك إلى أحد أمرين ممنوعين : أما إلى إضاعة الحقوق المتعلقة بها أو إلى أن يحضر الرجال هذه المواضع ويطلعوا على عورات النساء وذلك باطل فلم يبق إلا قبولها .

جملة ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات ما ذكرناه من عيوب النساء التي لا يطلع عليها سواهن من الولادة والاستهلال والرضاع وما أشبه ذلك ، ولا خلاف في هذا إلا في الرضاع فعندنا أنهن يقبلن فيه بانفرادهن عن الرجال ، وقال أبو حنيفة[١] لا يقبلن فيه على انفرادهن [٢] ، ودليلنا أنه لا يحضره الرجال في الغالب فجاز أن يقبلن فيه منفردات كالولادة والاستهلال ،و لأنها شهادة على عورة لشهادة النساء مدخل فيه كالولادة .

فصل [١٥ - فيما ينضم إلى شهادة النساء] :

إذا ثبت أنه لا يحتاج في ذلك إلى شهادة الرجال فعنه في شيء ينضم إلى شهادتهن روايتان :[٣] إحداهما أنه لا يكفي في ذلك إلا أن يفشى ذلك عند الجيران أو يظهر وينشر، والأخرى أن شهادتهن مقبولة وإن لم يفشى (*) .

---

(١) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٤/٥٥ - ٥٦ .

(٢) في م: على الانفراد .

(٣) انظر التفريع : ٢/٢٣٨ ، الرسالة : ٢٤٦ ، الكافين : ٤٧٠ .

(*) هكذا بالأصل والصواب يفش .

فوجه الأولى أن الرضاع وإن كان مما ينفرد به النساء فيتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبا بل يظهر وينتشر ويفشو أمره ولا يكتم [١] فإذا شهدن به ولم يكن شيء مما ذكرناه ضعفت الشهادة ودخلها التهمة .

ووجه الثانية اعتباره بسائر العورات اللاتي يقبلن فيها وهذه أصح [٢] .

فصـل [١٦ - في العدد الذي يكفي من النساء في الشهادة] :

وإنما قلنا إن العدد الذي يكفي منهن اثنتان خلافاً للشافعي في قوله أربع [٣] ولغيره في قوله ثلاث [٤] لأن كل جنس قبلت منه شهادة في شيء على انفراد (كفى منه شخصان أصله الرجال) [٥] ، وإنما قلنا لا تكفي امرأة واحدة خلافاً لأبي حنيفة في قوله إذا كن ما بين السرة والركبة قبل فيه امرأة واحدة [٦] ، لأنها شهادة في حق فلم يثبت بشهادة شخص واحد أصله سائر الحقوق لأن شهادة الرجل آكد وأقوى من شهادة النساء فإذا لم تقبل شهادة من رجل واحد فشهادة امرأة واحدة أولى .

فصـل [١٧ - في قبول شهادة المرأة في الاستهلال] :

وإنما تقبل في الاستهلال [٧] خلافاً لمن منع ذلك [٨] اعتباراً بالولادة والرضاع لأنه لا يطلع عيه الرجال في غالب الحال .

---

(١) في م : ولا يتكلم .

(٢) في م و ز : وهذا أوضح .

(٣) انظر مختصر المزني : ٣٠٣ ، الإقناع : ٢٠١ .

(٤) قال عثمان بن البتي يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل (المغني : ١٥٦/٩) .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

(٦) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٥٦/٤ .

(٧) الاستهلال : هو خروج المولود صارخاً (المصباح المنير : ٦٣٩) .

(٨) منع ذلك الإمام أبي حنيفة وخالفه صاحباه (أنظر اللباب في شرح مختصر القدوري: ٥٦/٤ و المغني : ١٥٦/٩) .

فصل [١٨ - في قبول الشهادة على السماع] :

وإنما قلنا إن الشهادة على السماع [1] تقبل فيما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه [2] لأن الضرورة تدعو إلى قبولها وإلا تلف الحق المشهود به لأن البينة لا تبقى على مر السنين وتطاول الأوقات وكان ثبوت الحق المشهود به مما يؤمن تغيره وزواله كالولاء الذي لا يصح نقله عن الملك بل يبقى ميراثاً وكالموت والنسب والوقف المحرم وما أشبه ذلك فجازت فيه شهادة السماع .

وصفتها أن يشهد شاهدان إنا لم نزل نسمع أن فلان بن فلان على مر السنين وتطاول الأوقات وليس للعدد [3] الذي يسمع منه الشهود حد محصور أكثر من ثلج النفس وثقتها إلى خبرهم فهي في معنى الخبر في المتواتر ، ووجه قوله في النكاح إنها تقبل فيه أنه أمر ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف ، ووجه قوله إنه لا تقبل فيه أن أصله غير [4] مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الأملاك أنها تثبت بالسماع .

فصل [١٩ - في قبول كتاب القاضي إلى القاضي] :

وإنما قلنا إن كتاب القاضي إلى القاضي يقبل وإنه يلزم المكتوب إليه تنفيذ ما فيه للضرورة إلى ذلك [5] لأنه لو لم يقبل لأدى إلى تلف الحق المشهود به لأن البينة التي للمدعي قد تكون بغير البلد الذي يحتاج إلى إقامتها به فلا يجوز تكليفهم السفر إليه ليشهدوا به وقد لا يكون هناك من يعرفهم بالعدالة فلم يبق إلا

---

(١) الشهادة على السماع : هو لقب يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين (حدود ابن عرفة : ٤٥٥) .

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٨٧ ، الكافي : ٤٦٧ - ٤٦٨ .

(٣) في م : للقدر .

(٤) غير : سقطت من م .

(٥) انظر التفريع : ٢/ ٢٤٦ ، الكافي : ٥٠٠ .

شهادتهم في الموضع الذي هم به وكتاب الحاكم الذي يشهدون عنده إلى الحاكم الذي يحتاج إليه في إقامة الشهادة عنده بما ثبت عنده من الحق بشهادتهم وعلى ذلك مضى أمر السلف .

وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بشاهدين دون طابع [1] القاضي لأنه سبب يجب به تنفيذ الحكم فوجب أن لا يكون إلا بشاهدين أصله إقرار المدعي عليه ،ووجه قوله في الزنا إنه يثبت الكتابة بشاهدين أن الشهادة بالكتاب [2] غير الشهادة بالزنا فإذا ثبت الكتاب بشاهدين فالحد يقام بشهادة الأربعة الذين شهدوا عند الحاكم الأول، ووجه القول بأنه لا بد من أربعة أن الحد يقام بكتاب الحاكم وما يقام به الحد من الشهادة لا يكون إلا بأربعة أصله الشهادة المباشرة .

فصـل [٢٠ - فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً وقال اشهدوا على ما فيه] :

أختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتابا مطوياً وقال اشهدوا على ما فيه هل يصلح تحملهم الشهادة أم لا وكذلك الحاكم إذا كتب كتاباً إلى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه في ذلك روايتان [3] : إحداهما أن الشهادة جائزة وإن لم يقرأ الكتاب والأخرى أنهم لا يشهدون به إلا أن يقرءوه وقت تحمل الشهادة ، فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما في الكتاب ، عرفوه فصح تحملهم الشهادة أصله إذا قرآه عليهم ، ولأن عمال النبي ﷺ كانت ترد عليهم كتبه فيعملون بما فيها من غير أن يقرءوها . واستدل القاضي إسماعيل ابن اسحق بدليل أن النبي ﷺ دفع كتابا إلى عبد الله بن جحش [4] وأمره أن

---

(١) طابع : هو الختم .

(٢) في ق : بالكتابة .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٢٤٧، الكافي : ٤٧٥ .

(٤) **عبد الله بن جحش الأسدي** : الذي كانت عنده أم حبيبة - أم المؤمنين - وكان رحل إلى النجاشي فتنصر هناك حتى مات (البداية والنهاية : ٤/ ١٤٥ ، شذرات الذهب: ١/ ٥٤) .

يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه [1] ، ولأن الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ما أقر به [2] ويحب طي ذلك وإخفاءه فلو لم تجز الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره للحق في ذلك ضرر ومشقة ، ووجه المنع قوله تعالى ﴿ وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [3] وإذا لم يقرءوا الكتابة لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم ، ولقوله ﷺ : « إن رأيت مثل الشمس فاشهد » [4] ولأن الخط قد يعمل عليه ويزور فلا يؤمن ذلك في الكتاب المطوي فإذا قرأه وعرف ما فيه أمنوا الحيلة فيه.

* * *

---

(١) انظر سيرة ابن هشام : ٣/٢٨٨ ، طبقات ابن سعد : ٢/ ١٠ ، سنن البيهقي : ١١/١٢.

(٢) في م : ما أمر به .

(٣) سورة يوسف الآية : ٨١ .

(٤) أخرجه البيهقي : ١٠/١٥٦، وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول وهو ضعيف وابن عدي في الكامل : ٦/٢٢١٣ ، صححه الحاكم : ٤/٩٨ ، (انظر تلخيص الحبير : ٤/١٩٨) .

باب [شهادة الأعمى]

شهادة الأعمى جائزة في كل ما وقع له العلم به ، وإنما يمنع فيما طريقه الرؤية فقط فيقبل على ما يلمسه أنه حار أو بارد أو لين أو خشن وفيما يذوقه أنه حلو أو حامض وفيما يشمه وكذلك فيما يسمعه (١) ، والدليل على ذلك أن العمى لا يؤثر في العلم بما يشهد من ذلك فكان فقد البصر كفقد غيره من الأعضاء في أنه لا يمنع قبول ما يتحمله من الشهادة به ، فأما شهادته بالإقرار وما طريقه الصوت فيقبل عندنا سواء تحملها أعمى أو بصير ثم عمي خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنها لا تقبل إذا تحملها أعمى (٢) ، لأن الصوت طريق لمعرفة الأشخاص والتمييز بين الأعيان شرعا وعادة : أما الشرع فدليل مالك رحمه الله أن الصحابة والتابعين رووا عن أزواج النبي ﷺ ومعلوم أنهم سمعوا منهن من وراء حجاب وإنما كانوا يميزون بين أشخاصهن بالصوت ، وقوله ﷺ : « لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم(١)» ، ولم يكونوا يفرقوا بينهما إلا بالصوت ، ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة عليه بالحقوق وقد ثبت أن الأعمى يطأ زوجته وهو لا يعرفها إلا بالصوت فدل (٤) ذلك إجماع على أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص .

وأما العادة(٥) فهي أن الأعمى إذا تكرر عليه سماع صوت زوجته وولده

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٣٦ ، الكافي : ٤٦٤ .

(٢) انظر مختصر القدوري – مع شرح الميداني : ٤/ ٦٠ ، الإقناع : ٢٠٢ .

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٢٠٨ .

(٤) في ق : فدليل .

(٥) العادة : سقطت من م .

وصديقه وطال اجتماعه معه وكثير ألفه له وطروقه لسمعه وقع له العلم بذلك وبعد شبهه [1] بغيره وميز بين أشخاصهم لسماعه وصار ذلك له طريقا مستمراً لا يخالجه [2] فيه شك ولا ريب ، وإن جاز أن يخفي عليه إذا غير صوته في بعض الأوقات فإنه إذا تبينه زال عنه الشك فحكمه في هذا حكم البصير إذا رأى الشخص في الظلمة وأنه إذا تبينه وتأمله عرفه ، وكذلك لو رأى من بعد عهده به أو من كان بعهده أمرأ والتحى فإنه يشتبه عليه اشتباها إذا حقق التأمل زال عنه ، وإذا ثبت ذلك صح أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص فقبلت شهادة الأعمى معه .

فصل [١ - شهادة الأخرس ، والشهادة على الشهادة] :

شهادة الأخرس جائزة إذا فهمت إشارته [3] خلافا لأبي حنيفة والشافعي [4] لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم فإذا فهم منه بطريق يفهم من مثله قبلت كالناطق إذا أداها بالصوت ، ولأنها معنى يحتاج إلى النطق ليقع الفهم به فإذا تعذر النطق به جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها أصله الإقرار والطلاق .

الشهادة على الشهادة جائزة وهو قول كافة الفقهاء [5] إلا من حكي عنه [6] منعها [7] ، لأن علياً رضي الله عنه أجازها [8] ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولا خالفه، ولأن الشهادة طريقها الأمانة كالأخبار فإذا جاز النقل في أحدهما فكذلك في الآخر ، ولأن شهادة العدل علي شهادة نفسه معنى يسوغ للحاكم الحكم به فجاز أن يشهد به عنده ويحكم به إذا شهد عنده الإقرار .

---

(١) في ق : تنبيهه وفي ر : تشبيه .
(٢) في ق : لا يخالطه .
(٣) انظر التفريع : ٢/٢٣٦ ، الكافي : ٤٦٤ .
(٤) انظر شرح فتح القدير : ٦/٢٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٣/١٧٧ .
(٥) انظر المغني : ٩/٢٠٦ .
(٦) حكي ذلك عن داود (الإشراف : ٢/٢٩٤) .
(٧) في ق : عنهم .
(٨) انظر عبد الرزاق : ٨/٣٣٩ ، المحلي : ١٠/٦٤٨ .

فصـــل [٢ - في جواز الشهادة على الشهادة في الحقوق والحدود كلها] :

وتجوز في الحقوق والحدود كلها [١] خلافا لأبي حنيفة في قوله إنها لا تجوز في القتل ولا في الحدود [٢] ولأنه حق مشهود به فجاز أن تسمع فيه الشهادة على الشهادة كسائر الحقوق .

فصـــل [٣ - في حكم ما إذا شهد اثنان على شهادة اثنين] :

إذا شهد اثنان على شهادة اثنين فإن شهد كل واحد منهما على شهادة كل واحد من الشاهدى الأصل قبلت [٣] الشهادة ، وإن شهد واحد على شهادة واحد وآخر لم تقبل [٤] لأن شهادة كل واحد معنى يثبت عند الحاكم فلا يثبت بأقل من اثنين ، وقد ذكرنا الخلاف في نقل الشهادة على الشهادة في الزنا وفي كتاب القاضي إلى القاضي بالزنا [٥] .

فصـــل [٤ - في كفاية شهادة اثنين على اثنين] :

ويكفي أن يشهد اثنان على اثنين ، وقال عبد الملك ولا يحوز إلا أن يشهد على الآخر اثنان سوى الاثنين الذين شهدا [٦] على الأول وهو أحد قولي الشافعي [٧] ، وإنما قلنا ذلك لأن شهود الفرع نقلوا [٨] عن شهود الأصل والحق يثبت بشهود الأصل فصار الشاهدان كأنهما يشهدان بحقين فلم يحتج إلى غيرهما.

---

(١) انظر المدونة : ٤/ ٨٣ ، التفريع : ٢/ ٢٤٠ ، الكافي : ٤٦٦ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٣٣٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٤/ ٨٦.

(٣) في م : ثبتت .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٨٣ - التفريع : ٢/ ٢٤٠ ، الكافي : ٤٦٦ - ٤٦٧ .

(٥) بالزنا : سقطت من م .

(٦) في ق : شهدوا .

(٧) انظر مختصر المزني : ٣١١ - ٣١٢ ، الإقناع : ٢٠٣ .

(٨) في م : نقله .

فصل [٥ - رجوع الشهود عن شهادتهم] :

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا وقبل حكم الحاكم ، قبل رجوعهم ولم يحكم بتلك الشهادة في كل شيء شهدوا به وكذلك إن رجع بعضهم [١] خلافاً لمن قال إنه يحكم ولا يلتفت إلى رجوعهم [٢] لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت عليها ورجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد فيصير الحكم للثاني من قوليهما دون المرجوع عنه كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم .

فصل [٦ - رجوع الشهود بعد استيفاء الحكم] :

فإن رجعوا بعد استيفاء الحكم لم ينتقض برجوعهم ثم لا يخلو المشهود به أن يكون مالا أو طلاقاً أو قتلاً أو حداً ، ولا يخلو رجوعهم أن يكون إخبارا عن غلط أو تعمد كذب [٣] فمن شهد بمال فلما حكم به قالا غلطنا في الشهادة لم ينتقض الحكم ولم يرجع على من أخذ المال ويغرمانه للمشهود عليه ، وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق وقال عبد الملك في الغلط لا يرجع عليهما بشيء .

وإن قالا تعمدنا الكذب رجع عليهما بغير خلاف وكذلك لو رجع أحدهما بإكذاب نفسه غرم نصف المال ، فإن شهدا بقتل أو قطع ثم رجع أحدهما أو كلاهما بعد الآخر غرماً الدية إن كان غلط وإن كان عن عمد يقتص [٤] منهما (ويغرمان الدية أيضاً هذا قول ابن القاسم ، وقال أشهب يقتص منهما) [٥] في العمد وإن رجع أحدهما فعلى الخلاف الذي ذكرناه .

---

(١) انظر التفريع : ٢/ ٢٤٠ ، الكافي : ٤٧٦ .

(٢) حكي عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها (المغني : ٩/ ٢٤٥).

(٣) كذب : سقطت من م .

(٤) في ر : لا يقتص .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

وإن شهدا بطلاق ثم رجعا لم يغرما للزوج الصداق ، فإن شهدا أنه تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول فاغترمه الحاكم نصف الصداق ثم رجعا غرما النصف الذي غرمه ، ولو شهدا على دخوله بزوجته عنده وهومقر بالنكاح [1] منكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما نصف الصداق ، ولو شهدا أنه أعتق عبدا له ثم رجعا عن شهادتهما [2] غرما قيمته ، ولو كانت الشهادة بتنجيز [3] عتق مكاتب غرما قيمة كتابته أو ما بقي منها فإن شهدا بإعتاق أم ولد فلا غرم عليهما.

فصل [٧ - في القول بأن رجوعهم بعد استيفاء الحق لا ينتقض به الحكم] :

وإنما قلنا إن رجوعهم بعد استيفائهم [4] الحق لا ينقض به الحكم خلافاً لمن حكي عنه ذلك [5] لأن رجوعهم إن كان إكذاباً لهم لأنفسهم فذلك تفسيق منهم لأنفسهم والحكم لا ينقض بقول فاسق وإن كان عن غلط فيجوز أن يكونوا غلطوا في الثاني فلا يقبل قولهم وقد تعلق بالأول حق للمشهود له فلم يجز إبطاله بدعواهم.

فصل [٨ - في غرامه ما رجع عليه الشهود] :

وإنما قلنا إنهم يغرمون ما أغرم المشهود عليه من المال خلافا لعبد الملك في منعه ذلك بالغلط [6] لأنهم في العمد مقرون بإتلاف مال غيرهم لأنهم اضطروا الحاكم إلى أن أغرمه ماشهدوا به فلزمهم غرمه ، وقلنا ذلك في الغلط لأنهم بإتلافهم كالعمد ، وقلنا في رجوع أحدهما أنه يغرم النصف لأن الإتلاف

---

(١) في م : بالطلاق .

(٢) شهادتهما : سقطت من م .

(٣) بتنجيز : سقطت من م .

(٤) في م: بعد استيفاء .

(٥) حكى ذلك عن سعيد بن المسيب والأوزاعي : (المغني : ٩/ ٢٤٩) .

(٦) انظر المدونة : ٤/ ٨٣ ، التفريع : ٢/ ٢٤٠ ، الكافي : ٤٦٧ .

لم يكن به وحده ولزم قدر ما أتلف بشهادته كالمشتركين في قتل خطأ يلزم كالواحد منهم من الديه بقسطه وكذلك المخطىء مع العامد يلزم المخطىء نصف الدية.

فصل [٩ - في الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع] :

وإنما قلنا في الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع أنه إن كان ذلك بغلط غرما الدية لما قدمناه ، لا يقتص منهما لأن القصاص لا يكون إلا في العمد المحض .

ووجه القول أنه لا يقتص منهما في العمد أن شهادتهما سبب لا مباشرة فلا يجب بها القود ، ولأنه غير ملجيء لأن الحاكم قد كان يمكنه أن ينعزل [(١)] فلا يحكم .

ووجه إيجاب القود ما روي عن علي رضوان الله عليه أنه جاءه شاهدان فقالا : نشهد أن هذا سرق فقطعه ثم جاآه بآخر فقالا أوهمنا هو هذا فرد قولهما الثاني، وقال : لو أعلمكما تعمدتما لقطعتكما [(٢)] ، ولم يحفظ خلاف عليه ولأن الشهود إذا كان ظاهرهم العدالة وأدوا الشهادة إلى الحاكم لزمه الحكم بشهادتهم في حقوق الله ولمن [(٣)] يطلبه إذا ثبت له من الأدميين فقد صار ملجأ بشهادتهما فكان الشاهد [(٤)] كالمكره لغيره على القتل ويلزمه القود ولا يجب على هذا أن يكون على الحاكم القود كالمكره لأن القاتل مكرها مباشر بما لم يكن له أن يباشره ، والحاكم لم يباشر قتلاً محرما وإنما باشر أمراً أوجبته الشريعة فافترقا.

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بطلاق قبل الدخول أو بعده ثم رجعا فلا غرم عليهما

---

(١) في ق : أن يقول .

(٢) أخرجه البيهقي : ٢٥١/١٠ .

(٣) في ق : ولما .

(٤) في م : المشهود .

خلافاً للشافعي في قوله يرجع عليهما بمهر المثل أو بكمال المهر [1] لأن بالدخول قد استحق عليه المهر كاملا وبالعقد نصفه وإن كان لم يدخل لم يتلفا على الزوج شيئاً بشهادتهما فلا يلزمهما غرم .

فصل [١٠ - في رجوع الشهود بالزوجية وبالطلاق] :

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بالزوجية وبالطلاق قبل الدخول ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف المهر لأنهما قد أتلفاه عليه بشهادتهما فلزمهما غرمه اعتباراً بشهادة المبتدأة بالمال ويفارق الأول لأن المهر كان مستحقاً عليه بالعقد الثابت .

فصل [١١ - في رجوع الشهود بزوجة يقر بنكاحها] :

وإنما قلنا إنهما إذا شهد بدخوله بزوجة يقر بنكاحها ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف الصداق فلأن ذلك القدر هو الذي أتلفاه بشهادتهما لأن النصف مستحق عليه بالعقد فلم يتلفاه عليه لما قدمناه ، والثاني لا يستحق إلا بالدخول والدخول لم يثبت إلا بقولهما فإذا رجعا عن الشهادة فقد اعترفا أنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرمه .

فصل [١٢ - في رجوع الشهود بعتق عبده] :

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا عليه بعتق عبده ثم رجعا أنهما يغرمان قيمته لأنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرم قيمته كما لو شهد عليه بمال لرجل ، وقلنا في المكاتب يغرمان الكتابة لأنها المتلفة دون الرقبة ، وقلنا في أم الولد لا يغرمان لأنهما لم يتلفا بشهادتهما إلا الاستمتاع ولا قيمة لذلك .

فصل [١٣ - إذا حكم بشهادة شهود ثم قامت بينة بعد ذلك بفسقهم] :

إذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينه بفسقهم فلا ضمان عليه فيما أتلف بشهادتهم ولو قامت بينه برقهم أو كفرهم ضمن ، والفرق أن

---

(١) انظر مختصر المزني : ٣١٢ ، المهذب : ٣٤٢/٢ - ٣٤٢ .

العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد وإذا انفرد الحاكم [1] باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله ، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار [2] لأن ذلك لا اجتهاد فيه إذ لا يخفي الكفر والرق لأنهما خلافه أمر ظاهر فالحكم مع ذلك مقصر في اختبار[3] حال الشهود فضمن الحاكم بتفريطه .

* * *

(١) في م : و إذا نفذ الحكم .
(٢) انظر التفريع : ٢/ ٢٤٠ - الكافي : ٤٦٥ .
(٣) في م : تقصير اختيار وفي ق : اجتهاد .

باب [- في الدعوى والبينات]

إذا تداعى [١] رجلان شيئاً فالتقسيم يرجع إلى ثلاثة أشياء ، أحدها إلى اليد والثاني إلى البينة والثالث إلى صفة الدعوى ، فأما حكم اليد فينظر فإن كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعي كل واحد جميعه فإن لم يكن في أيديهما وكان في يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم لأحدهما إلا ببينة فإن أقام أحدهما بينه حكم له به ، وإن أقام الآخر بينة نظر إلى أعدل البينتين فحكم به فإن تساويا في العدالة [٢] عرضت اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم للحالف وإن حلفا قسم بينهما وإن نكلا تركا على ما كانا عليه ، وإن كان ذلك الشيء في أيديهما فالحكم فيه مثل مالو لم يكن في أيديهما سواء .

وإن كان في يد أحدهما فهو أولى به من المدعى الذي لا يد معه فيحكم له به مع اليمين ، فإن نكل حلف المدعي وحكم له به وإن نكل أقر على [٣] يد من هو في يده فإن أقام المدعي بينة فالبينة أولى من اليد . .

وإن أقام صاحب اليد بينه حكم بأعدل البينتين فإن تساويا سقطتا وكان صاحب اليد أولى ، وسواء كانت الدعوى في ملك مطلق غير مضاف إلى سبب (أو في مضاف إلى سبب) [٤] يتكرر أو لا يتكرر فالمطلق أن يقيم بينة بأن (هذا العبد ملكه وأن) [٥] هذا الشيء له هكذا مطلقا ، وغير المطلق هو المضاف إلي سبب

---

(١) في ق : إذا تداعيا .

(٢) في العدالة : سقطت من ق .

(٣) في ق : عليه .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بينة بأن هذا العبد ملكه ولد في ملكه وأن هذه الدابة نتجت في ملكه وأن هذا الثوب ملكه [١] نسج في ملكه ، ثم هذا السبب على ضربين متكرر يمكن أن يتكرر في الملك مثل الغراس إذا قال كل واحد منهما غرسته في ملكي فهذا يمكن أن يتكرر بأن يغرس دفعتين وكذلك نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن أن ينسج دفعتين ،ومنه مالا يمكن تكراره كالولادة والنتاج ونسج لثوب القطن .

وأما التقسيم على البينة فهو أن يقال إذا تداعى رجلان شيئاً فلا يخلو أن يكون مع كل واحد بينة أو لا بينة أو مع أحدهما أو أن تكون البينة مع أحدهما ولا بينة مع الآخر فإن أقام كل واحد منهما بينة نظر إلي أعدلهما فحكم به، وإن تساويا عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا حكم به لصاحب اليد (منهما أو قسم بينهما إن لم يكن يدا وكان في أيديهما ، وإن لم تكن مع أحد منهما بينة عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا قسم بينهما ، (وإن كان مع أحد منهما يد كان لصاحب اليد) [٢] ، وإن كان مع أحدهما بينة ولا بينة مع الآخر حكم به لصاحب البينة سواء كان صاحب اليد أو الخارج إلا أن صاحب اليد لا يكلف بينة ابتداء لأن اليد مغنيه عنها) [٣] .

وأما التقسيم [٤] على صفة الدعوه لا يخلو أن تكون الدعوى متساوية أو مختلفة [٥] : فإن كانت متساوية فالحكم على ما ذكرنا ، وإن كانت مختلفة مثل ثوب أو كيس [٦] يدعي أحدهما جميعه ويدعي الآخر نصفه ، أو يكون بين ثلاثة يدعي أحدهم كله والآخر نصفه ويدعي الثالث ثلثه فإن تقسيم اليد والبينة

---

(١) ملكه : سقط من م .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق ومن م .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) في م : اليمين .

(٥) في ق : مختلطه .

(٦) في ق : كبش .

على ما قدمناه لا يخلو أن يكون في أيديهم أو في يد غيرهم ممن لا يدعيه لنفسه أو في يد أحدهم ،ثم لا يخلو أن يكون مع أحدهم بينة أو أن يكون مع كل واحد منهم بينة : فإن كان مع أحدهم بينه حكم له به كان في يده أو في أيديهم أو في غيرهم ، وإن كان مع كل واحد منهم بينة حكم بأعدلها أو لا بينة لهم جميعاً عرضت الأيمان عليهم ثم قسم بينهم ، فإن لم يكن في أيديهم قسم على موجب دعواهم ، وإن كان في أيديهم فاختلف في ذلك على وجهين : أحدهما أنه يقسم على عددهم والآخر على موجب دعواهم على مانبينه من بعد ونحن نتكلم على تفصيل الجملة [1] وموضع الخلاف منها .

فصـــل [١ - أدلة الحكم فيما إذا لم يكن الشيء المدعى عليه في أيديهما أو كان في يد من لا يدعيه] :

وإنما قلنا إنه إذا لم يكن الشيء المدعى عليه في أيديهما أو كان في يد من لا يدعيه لنفسه أو لم يكن في يد أحد فإنه لا يحكم به لأحدهما إلا ببينة لقوله ﷺ: « لو أعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دم قوم وأموالهم » [2] ، وقال للمدعي « شاهداك أو يمينه » [3] ، ولأنهما متساويان في الدعوى لا يرجع أحدهما على الآخر فلم يكن أولى منه .

فصـــل [٢ - في الحكم لمن أقام البينة منهما] :

وإنما قلنا إن من أقام البينة منهما حكم له به لقوله ﷺ « البينه على

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : الموطأ : ٢/ ٧٢٥ - ٧٢٦ ، المدونة : ٤/ ٩٢ - ٩٨ ، التفريع : ٢/ ٢٤٢ ، الرسالة : ٢٤٦-٢٤٧ ، الكافي : ٤٧٨ - ٤٨٤ .

(٢) أخرجه مسلم فى الاقضية باب اليمين علي المدعى عليه : ٣/ ١٣٣٦ .

(٣) أخرجه البخاري في الرهن باب إذا اختلف الراهن والمرتهن : ١/ ١٢٣ ، ومسلم في الأيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم : ١/ ١٢٢ .

المدعي »[1] ، وقوله « شاهداك أو يمينه »[2] ولأنه قد أتى بالسبب الدال على صدقه فيما ادعاه فوجب الحكم به له ،وإنما قلنا إن الآخر إذا أتى ببينة نظر إلى أعدلهما فرجحت على الأخرى ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن الزيادة في العدالة لا يقع بها ترجيح[3] ، لأن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهي مبنية[4] على الاجتهاد فكانت الزيادة فيها مطلوبة لأنها أبلغ في التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به ، ولأن الشهادة أقوى من الخبر لأنه نص فيها على العدد فلم يقبل فيها قول العبد ولا المرأة بانفرادهما وفي الخبر لم ينص على عدد ولم يمنع فيه العبد ولا المرأة ، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح في الخبر فمن كان (أعدل وأوثق كان)[5] أولى بأن يصار إلى خبره كان في الشهادة أولى ولا يلزم على ما قلناه زيادة لأنه منصوص عليه فأغنى عن الاجتهاد.

فصل [٣ - إذا تساويا في الشهادة] :

وإنما قلنا إذا تساويا في العدالة سقطتا لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى فكانا كمن لا بينة معهما ، وإنما قلنا تعرض الأيمان عليهما فلأن اليمين أحد الحجج للمدعي ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم به للحالف لأنه قد ساوى صاحبه بالبينة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه ، وإن حلفا قسم بينهما لأن التقادم إذا وجد لم يكن أحدهما أولى من الآخر لتساويهما فيما يقتضي الحكم به لمن يثبت له فلم يبق إلا ما قلناه ، وقد قال مالك إلا أن يكون ذلك

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ﴾ : ١٦٦/٥ ومسلم في الأقضية باب في اليمين على المدعى عليه : ١٣٣٦/٣ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ٣٢٨ ، مختصر المزني : ٣١٢ - ٣١٣ ، المهذب : ٣٣٤/٢ .

(٤) في ق : ويمين عليه .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

الشيء شيئاً [1] مما يرى الإمام أن يقف الحكم فيه فلا يقسم بينهما والنظر هو الأول ، وإنما قلنا إنهما إذا نكلا تركا على ما كانا عليه فلأن تساوي [2] البينتين يمنع الحكم مع إحداهما ، وإنما عرضنا الأيمان عليهما ليرجع أحدهما فيحكم له فأما إذا لم يوجد ذلك فقد أضعفا دعواهما فتركا على ما كان عليه .

فصل [٤ - إذا كان الشيء المدعى في أيديهما] :

وإنما قلنا إن الشيء المدعى إذا كان في أيديهما فالحكم فيه مثل ما قدمناه فإنه لا رجحان لأحدهما على الآخر لأن اليد وإن كان الترجيح يقع بها لمن [3] حصلت له فقد تساويا فيها فكان كتساويهما في البينة .

فصل [٥ - إذا كان الشيء المدعى في يد أحدهما] :

وإنما قلنا إن كان في يد أحدهما كان أولى من المدعي الذي لا بينه له مع يمينه لأن اليد ظاهرها يدل على الملك فقد حصل أقوى سبب من المدعي فكانت البينة على الخارج .

وإنما كانت اليمين على صاحب اليد لأنه مدعى عليه وقد قال ﷺ « اليمين على المدعى عليه » [4] ، ولأنه أقوى سببا باليد والحيازة واليمين تكون في جنبه أقوى المتداعين سببا ، وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره كالشاهد الواحد .

فصل [٦ - إذا نكل المدعى عليه] :

وإنما قلنا إنه إذا نكل انتقلت اليمين (إلى جنبة المدعى لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعى أقوى سببا منه فانتقلت اليمين إلى جهته) [5] كما أن

---

(١) شيئا : سقطت من م .

(٢) في م : تهاتر .

(٣) في ق : أن .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٥٦٨ .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

المدعى عليه يكون اليمين في جنبته لقوه سببه ببراءة الذمة في الأصل وإذا كان مع المدعي شاهد انتقلت اليمين إليه لقوة سببه .

وإنما قلنا إنه إذا حلف المدعي حكم له به لأنه قد اجتمع له سببان يمينه ونكول خصمه وذلك مؤثر في الحكم ، وإنما قلنا إنه إذا نكل أقر صاحب اليد لأن نكوله[1] أضعف دعواه وصار كأنهما لم يتأتيا بشيء ورجح الآخر عليه باليد.

فصل [٧ - إذا كان للمدعي بينة] :

وإنما قلنا إذا كان للمدعي بينة كانت أولى من اليد لأنها أرجح منها لأن البينة تشهد بما لا تشهد به اليد لأن اليد مبهمة [2] ، والبينة مفسرة ، وإنما يحكم لليد بالظاهر ولقوله ﷺ : « البينة على المدعي » [3] ولم يفرق ، وفائدة ذلك أنه إذا آقامها حكم له بها .

وإنما قلنا إن صاحب اليد إذا أقام بينة رجح بأعدل البينتين لما بيناه أن الغرض بالبينة العدالة والحكم بها موقوف على حصولها فرجب الترجيح بالزيادة فيها.

فصل [٨ - إذا تساوى المدعيان] :

وإنما قلنا إنهما إذا تساويا حصل التهاتر وحكم به لصاحب اليد خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن بينة الخارج أولى إذا كانت في مال مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرر [4] لما روي أن رجلين تداعيا عند النبي ﷺ بعيرا فجاء هذا ببينة فقضى به

---

(١) في م : وحصول .

(٢) في م : متهمة .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٥٦٨ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي: ٣٥٣ - ٣٥٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني -: ٣٢/٤ - ٣٤ .

لمن هو في يده [1] ، ولأنها متداعيان يتساويا في إقامة البينة وانفراد أحدهما باليد فوجب أن تقدم بينته لأجل اليد أصله الدعوى في الملك المضاف إلى سبب لا يتكرر كالولادة والنتاج [2] ، ولأن كل واحد منهما مساو لصاحبه في الدعوى قبل البينة إلا أن صاحب اليد أقوى وأرجح بثبوت يده على الشيء المدعي فلما انفرد بذلك قوي أمره فقدم على المدعي لرجحانه باليد ، وهذه حالهما بعد البينة لأنهما قد تساويا فيها وسقطتا وصار كأنهما لم يكونا فانفرد صاحب اليد بيده كما كان قبل البينة ، وإنما عرضنا الأيمان عليهما بعد تهاتر البينتين اعتباراً بحال الابتداء .

فصل [٩ - الاختلاف في الدعوى] :

فأما اختلاف الدعوى مثل أن يتداعى رجلان ثوبا أو كبشاً [3] وهو بأيديهما يدعي أحدهما الكل والآخر النصف أو ثلاثة ويدعى الثالث الثلث فقد ذكرنا أن أصحابنا يختلفون في كيفية قسمته بينهم فمنهم من يقول تقسم بينهم على عدد المدعين [4] بالتسوية ومنهم من يقول يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى .

وصورة القول الأول أن يتداعى رجلان كبشاً أو ثوباً وهو بأيديهما يدعي أحدهما الكل والآخر النصف فيكون بينهما نصفين وكذلك إن ادعاه ثلاثة يدعى الثالث الثلث يكون بينهم أثلاثا ، وصورة الحكم على موجب الاختلاف في الدعوى في المسألة الأولى أن يحكم لمدعي الكل بثلاثة أرباع المدعى ولمدعي النصف بربعه فيقسم بينهم على أربعة أسهم .

---

(١) أخرجه الدارقطني : ٢٠٩/٤ ، والبيهقي : ٢٥٦/١٠ ، وإسناده ضعيف (تلخيص الحبير : ٤/ ٢١٠) . وقال صاحب مجمع الزوائد : ٢٠٦/٣ ، ورواه الطبراني في الكبير ورجال أحدهما رجال الصحيح .

(٢) في ق النكاح .

(٣) م : كيسا .

(٤) في م : المتداعين .

وفي المسألة الثانية إذا ادعى أحدهم الكل والثاني النصف والثالث الثلث يقسم بينهم على ستة وثلاثين جزءاً [1] منها لمدعي الكل خمسة وعشرون ولمدعي النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة أسهم ، واحتج من ذهب إلى القول الأول بأنهم متساوون [2] في أسباب الحكم والترجيح لأنهم قد تساووا في اليمين وفي الحيازة لأن مدعي الأكثر مساو لمدعي الأقل في اليد ، وإنما يزيد عليه بالدعوى وذلك لا يوجب زيادة في الحيازة ، وإذا لم يكن معهم ما يرجح به أحدهم على الآخر وجب تساويهم في القسم فأما إذا لم يكن في أيديهما فعلى موجب الاختلاف .

واحتج من ذهب إلى القول الثاني بأن قال إذا ادعى أحدهما الكل وادعى الاخر النصف فمدعي النصف مقر بأنه لا حق له في النصف الآخر فصار النصف الذي يدعيه كان كمدعي الكل قد حازه وليس أحد يخاصمه فيه فيكون له ويصير التداعي في النصف الباقي فيقسم بينهما لتساويهما في حيازته ،وكذلك في المسألة الثانية يقال لمدعي النصف ومدعي الثلث أنتما مقران بأن بالنصف الباقي لاحق لكما فيه فسلماه إلى مدعيه إذ لاخصومة بينكما وبينه فيه فيصير النصف لمدعي الكل (ويحصل التداعي بين مدعي النصف ومدعي الثلث) [3] فيقال لمدعي الثلث أنت معترف بأن السدس الزائد على الثلث لاحق لك فيه فسلمه إلى من يدعيه فيصير بين مدعي الكل وبين مدعي النصف وأيديهما متساوية فيه فيقسم بينهما نصفين فيصير لمدعي الكل سبعة أسهم من اثنى عشر سهما ولمدعي سهم من اثنى عشر بهما ثم يبقى الثلث وهم يتداعونه بالسوية وأيديهم عليه متساوية فيقسم بينهم على موجب دعواهم بالسوية فيكون لكل واحد سهم وثلث (فيصير لمدعي الكل ثمانية وثلث من اثنى عشر سهماً ويصير لمدعي النصف سهمان وثلث من اثني عشر سهماً ، ولمدعي الثلث سهم وثلث) [4] فيضرب في مخرج

---

(١) في م : سهما .

(٢) في ق: متساويان .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

الكسر لتسلم السهام فيكون سته وثلاثين وكذلك الاعتبار في اختلاف التداعي في الأنصباء .

ومن أصحابنا من يقول في التداعي إذا اختلف ما يدعيه كل واحد منهما أنهما إذا أجمعت الدعاوى فكانت زيادة على المال كالعول قسم بينهم على موجب العول فضم الدعوتين ثم ينظر إلى ما اجتمع بيده فجعل النصاب الذي يقسم عليه وهذا على القول بأن القسم موجب الدعوى وبيانه: إذا تداعى رجلان ثوباً وادعى أحدهما جميعه والآخر نصفه يكون كأن المسألة عالت بالنصف فيكون من ثلاثة لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث .

(وإذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف والآخر الثلث) [١] : قسم المدعي بينهم على أحد عشر سهما لمدعي الكل ستة ، ولمدعي النصف ثلاثة ، ولمدعي الثلث اثنان قال : لأنهم إذا تساووا في اليد وضاق المال على الدعاوى لم يكن أحدهم بأولى من الآخر فيجب أن يتساووا في النقص [٢] .

فصل [١٠ إذا تداعيا ثوباً بأيديهما] :

ولو تداعيا ثوباً بأيديهما فقال أحدهما : لي نصفه ، والنصف الثاني لزيد، وقال الآخر لي نصفه ، ونصفه لزيد ولاشيء لك فيه : قسم بينهما لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصيب الآخر الذي قد حازه فلا يكون للمقر له شيء[٣] .

فصل [١١ - فيمن ادعى تزوج امرأة تزويجا صحيحا] :

إذا ادعى أنه تزوج امرأة تزويجاً صحيحاً سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شرائط النكاح [٤] خلافاً لأحد قولي الشافعي في قوله إن الدعوى لا تسمع إلا

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) في جملة هذه الاحكام انظر المدونة : ٤/ ٩٧ - ٩٨ ، التفريع : ٢/ ٢٤٢ - ٢٤٣، الكافي : ٤٨١ -٤٨٢ .

(٣) انظر المراجع السابقة .

(٤) انظر الكافي : ٤٨٠ .

بأن يذكر شروط الصحة فيقول تزوجتها بولي وشهود عدول بإذنها إن كانت ممن تستأذن [1] ، ودليلنا أنه دعوى عقد صحيح فوجب استماعها أصله إذا ذكر [2] شروط صحتها ، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يسمع الدعوى فيه على الصحة مجملة من غير اعتبار بذكر شروط الصحة أصله البيع .

فصل [١٢ - إقرار أحد الابنين بمن ادعى دينا على أبيهم الميت] :

إذا مات رجل وترك ابنين فادعى رجل على الميت دينا فأقر له أحدهما فإن كان ممن تقبل [3] شهادته (وشهد له به حلف المدعي واستحق جميع الدعوى وإن كان ممن لا) [4] تقبل شهادته ولكنه لم يكن يشهد لزمه نصف ما أعترف له به وهو مقدار ما كان نصيبه لو أعترف الابن الآخر أو قامت له بينة [5] وقال أبو حنيفة يلزم المقر الإرث في حصته [6] .

وإنما قلنا إنه إن شهد به لزم مع اليمين جميع الدعوى لأنها دعوى مال فقبل فيها الشاهد مع اليمين كسائر الدعاوي ، وإنما قلنا إن شهادة الابن مقبولة لأن شهادة الأخ على أخيه مقبولة فيما يتعلق بدفع معرة عن الشاهد أو الأخ ، ولأن التهمة عنه زائلة في ذلك ، وإنما قلنا إنه يلزمه بإقراره لأنه مقر بأن غيره يستحق مالا في يده فلزمه دفعه إليه .

وإنما قلنا إنه لا يلزم الآخر شيء بإقرار أخيه لأن إقرار الإنسان [7] على غيره غير مقبول، وإنما قلنا لا يلزم المقر أكثر من قدر ما كان يلزمه لو أقر الآخر لأن

---

(١) انظر الإقناع : ١٩٨ .
(٢) في ق : إذا أنكر .
(٣) في ق : ممن لا تقبل .
(٤) ما بين قوسين سقط من ق .
(٥) انظر المدونة : ٤/١٠٤ ، الكافي : ٤٥٩ ، ٤٨١ .
(٦) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/٨٧ .
(٧) الإنسان : سقطت من ق .

إقراره عليه وعلى أخيه فلم يلزم ظلم غيره ، ولأنه معنى يستحق في المال مقدم على الميراث فوجب إذا اعترف به بعض الورثة أن تلزمه في حصته دون حصة من لم يعرف أصله الوصية .

فصـل [١٣ - اختلاف الزوجين في متاع البيت] :

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولابينة لهما ولا لأحدهما نظر : فإن كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها ،و إن كان من متاع الرجال فهو للرجل مع يمينه ،وقال سحنون ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين وما كان يصلح لهما جميعا فهو للرجل مع يمينه ، وقال المغيرة هو بينهما بعد أيمانهما وسواء كان اختلافهما قبل الطلاق أو بعده كانت الدار بينهما أو لأحدهما أو بكراء كان الاختلاف منهما أو ورثتهما أو من ورثة أحدهما مع حياة الآخر كانا حرين أو عبدين أو إحداهما كانت الزوجة مسلمة أو ذمية .

والمتاع الذي يصلح للنساء كالحلي وثياب النساء والغزل والجهاز والمتاع والذي يصلح للرجل كالسيف والدرع والرمح وسائر السلاح وثياب الرجل وكتب العلم والأدب ، والذي يصلح لهما جميعاً كالدراهم والدنانير وغير ذلك مما لا يختص في العرف بأحدهما سواء كانت أيديهما عليه شاهدة مثل أن يكونا قابضين عليه حكما مثل خشب موضوعة في الدار [١] .

ووافقنا أبو حنيفة في ذلك كله إلا في الذي يصلح لهما فإنه فرق في ذلك بين الرجل إذا كان حيا أو ميتا فقال : إن كان حيا فهو له وإن كان ميتا فهو للمرأة[٢]، وقال الشافعي من أقام البينة علي شيء فهو له وإلا كان بينهما بعد أيمانهما [٣] .

---

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة : ٤/٩٧ ، الكافي : ٤٨٢ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ٢٢٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني -: ٤/ ٥٠ .

(٣) انظر الأم : ٥/٩٥ ، مختصر المزني : ٣١٨ ، الإقناع : ١٩٨ .

فصل [١٤ - في أن ما يصلح لأحدهما يكون له] :

وإنما قلنا إن ما يصلح لأحدهما يكون له لأن اليد لما كانت مؤثرة في الملك ودلت عليه بدليل أن من ادعى عمامة على رأس رجل فإن القول قول من هي عليه ، وقد ثبت أن لكل واحد من الزوجين يدا في الدار بدليل أن أجنبياً لو أدعى بعض ما فيه فتنازعاه أو أحدهما فيكون القول قوله دون الأجنبي فوجب إذا تنازعا أن يعتبر أظهرهما في الدعوى ومن يشهد له العرف بقوة دعواه وقد ثبت أن اليد تتفاضل فيكون بعضها أقوى من بعض كالراكب والممسك باللجام ، وإذا ثبت ذلك وجب أن يكون أقوى اليدين أولاهما بالمدعى لشهادة العرف له .

ولا يلزم عليه الدباغ والعطار إذا تنازعا فادعى الدباغ المسك وادعى العطار الجلود لأن أيديهما غير متساوية وقد ورد الظاهر والسنة بما قلناه وهو قوله تعالى: ﴿ وأمر بالعرف﴾ [1] ، وقوله عز وجل في قصة يوسف عليه السلام [2] ﴿ إن كان قميصه قد من قبل فصدقت ﴾ [3] فجعل قوة دعوى كل واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب فكذلك في مسألتنا الغالب والعرف أن النساء يتخذن ما يصلح لهن والرجال يتخذون ما يصلح لهم وإذا صح ذلك ثبت ما قلناه ، وروي أن رجلان تنازعا في خص [4] فحكم به لصاحب القمط [5] [6] وهو يؤيد ما نقوله من الحكم بالأشبه في الدعاوى .

فصل [١٦- الحكم فيما كان يصلح لهما] :

ووجه قوله إنه يحكم به لمن يصلح بيمينه أن الحكم في الأصول لا يكون إلا

---

(١) سورة الأعراف الاية : ١٩٩ .

(٢) عليه السلام سقطت من م .

(٣) سورة يوسف ، الآية : ٢٦ .

(٤) الخص : هو البيت من القصب (المصباح المنير : ١٧١) .

(٥) في ق : لصاحب المقص .

(٦) سبق تخريج هذا الخبر .

بشيئين فلم يجز الحكم له بمجرد العرف لأن ذلك حكم بسبب واحد ، ووجه قول سحنون إنه له بغير يمين أن يده والعرف الشاهد له سببان فلم يحتج إلى يمينه .

ووجه قول مالك إن ما كان لهما كان للرجل أن جنبته [1] أرجح لأن البيت له وهي تابعة له فيه والظاهر ما يكون في بيت الرجل له إلا ما يشهد العرف أن الأغلب كونه للمرأة.

وإنما شرطنا اليمين ليحصل له سببان يحكم له بهما ، ووجه قول المغيرة أنه بينهما وأن أيديهما متساوية ولا شبهة فيحكم به ، والبيت منسوب إليهما لا إلى الرجل وحده فلم يبق إلا أن يكون بينهما بعد[2] أيمانهما كالمتداعيين شيئاً بأيديهما.

فصــل [١٧ - في عدم التفريق إذا كان الزوجان حرين أو عبدين] :

وإنما لم يفرق بين أن يكونا حرين أو عبدين وسائر ما ذكرناه لأن كل ذلك لا يؤثر في الدعوى بقوة ولا ضعف ولا شبهة فلذلك استوى الحكم في جميعه وإنما لم نفرق بين الحياة والموت لأن الورثة يقومون مقام مورثهم على سبيل ما كان له أن يفعل ألا ترى أنه لو اشترى بالخيار لم يكن لهم أن يفرقوا المبيع على البائع وكان لهم اختيار الجميع أو رده وكذلك هاهنا .

فصــل [١٨ - إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد] :

إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا الدين ،فإذا حلفوا وأخذوا المال قضي منه الدين ثم أخذوا (الباقي ميراثا فإن لم يفضل شيء فهم مخيرون إن شاءوا حلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين فإذا حلفوا أخذوا المال فقضوا منه الدين ثم أخذوا) [3] فضلا

(١) في م و ر : جهته .
(٢) في ق : مع .
(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

إن كان وإن شاءوا لم يحلفوا وليس للغرماء إجبارهم على اليمين فإن لم يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا الدين في ديونهم فإن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثه فإن أرادوا من بعد أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك إلا أن يكون لامتناعهم أولا وجه مثل أن يقولوا لم نعلم أنه يفضل منه شيء وكنا نرى أن الدين يستغرقه فيكون لهم أن يحلفوا (ويستحقوا الباقي ، وإن كان امتناعهم على وجه النكول والترك لم يكن لهم أن يحلفوا من بعد ، وكذلك)[1] لو ادعى إنسان على الورثة أن ميتهم أوصى له بمال وأقام على ذلك شاهدا واحدا فله أن يحلف معه فإن نكل الوارث أو مدعي الوصية للورثة وبرأ وحلف الورثة لمدعي الوصية وبرؤوا من نكل منهم لزمه ما يدعي عليه مع الشاهد ، ويقيم الورثة الذين بقدر مواريثهم والموصى لهم يقسمون على حسب ما يدعى من الوصية ، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم فلمن حلف نصيبه من الدين أو الوصية ولا شيء لمن لم يحلف ، ولا يشارك الحالف في قسطه ولكن يعرض اليمين على المدعى عليه ويكون الحكم على ما بيناه[2] .

فصــل [١٩ - في حلف الورثة مع شاهد ميتهم] :

وإنما قلنا إن للورثة أن يحلفوا مع شاهد ميتهم لأنهم يقومون مقام (الموروث في حقوق الإرث فلما كان للميت لو كان باقيا أن يحلف مع شاهده كان ذلك)[3] للورثة بعده ، وإنما قلنا إنهم إذا أخذوا المال بالشاهد وأيمانهم قضوا منه الدين ثم ورثوا الباقي لأن الدين مقدم على الميراث[4] لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾[5] فإذا قضوا استحقوا الباقي لوجوبه لهم . . .

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) انظر المدونة : ٤/١٠٩ ، الكافي : ٤٨٣ .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : على الوارث .

(٥) سورة النساء، الآية : ١١ .

وإنما قلنا إنه إذا كان الدين مستغرقاً للتركة فلا شيء للورثة لأن الإرث بعد الدين[1] فإذا تزاحما فالدين مقدم عليه ، وإنما قلنا أن لهم أن يحلفوا مع استغراق الدين للإرث ولا يضرهم أن يستحق المال غيرهم لأن الحق في التقديم لهم لأنهم يقومون مقام الميت ، ولأنهم لو أدوا الدين من غير التركة لكان ذلك لهم ولم يكن للغرماء الاعتراض عليهم .

وإنما قلنا إنهم مخيرون لأن الحق في ذلك لهم فإن شاءوا أخذوه وإن شاءوا تركوه ، وإنما قلنا أنه ليس للغرماء إجبارهم على الحلف لأنهم يقولون لا فائدة لنا في اليمين على ما إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ وكذلك إن كان فيه فضل فلهم أن يقولوا لسنا نختار أن نأخذ بيمين فيكون ذلك لهم .

وإنما قلنا إن للغرماء أن يحلفوا إذا نكل الورثة خلافاً للشافعي في قوله ليس لهم ذلك [2] ، لأن الدين حق متعلق بالتركة [3] فجاز لمستحقه أن يحلف مع شاهد الميت أصله حق الإرث ، وإنما قلنا إنه إن كان فيه فضل عن ديونهم لهم يستحقه الورثة لأن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئاً إذا كان ممن له أن يحلف، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا ويستحقوا الفضل لأنهم يستحقون ما يتركه الميت فكان لهم أن يحلفوا عليه وليس امتناعهم أولا من اليمين بمانع لهم الآن منها لأنهم يقولون لم نر أن نحلف على ما يأخذه غيرنا ، فأما إذا فضل ما نأخذه فإنا نحلف عليه وهذا عذر مسوغ [4] ، وإنما يمنع أن يحلفوا بعد ترك اليمين لأن نكولهم قد أسقط حقهم ، وإنما قلنا إن للمدعي له أن يحلف مع شاهده لأنه يستحق من تركة الميت وما وصى له به ، فإن لم يحلف فقد تقدم بيان النكول ورد اليمين وكذلك باقي المسألة .

---

(١) في م : نفعا للورثه .

(٢) انظر الأم : ٦/ ٩٤، مختصر المزني : ٣٠٩-٣١٠ .

(٣) في م : بالشركة .

(٤) مسوغ : سقطت من ق .

فصـل [٢٠ - في الدعوى التي لا يجب فيها اليمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى] :

كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان ولا شاهد ونكول ولا يقبل فيه إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى ، وذلك مثل دعوى النكاح والرجعة والطلاق وقتل العمد وما أشبه ذلك ، فإذا ادعى رجل على أمرأة أنها زوجته أو أمرأة على رجل أنه زوجها أو أنه طلقها فلا يمين على المنكر منهما بمجرد الدعوى (وذلك مثل دعوى الناكح) [١] فإن أقام المدعي شاهدا واحدا حلفا المدعى عليه وإن نكل ففيها روايتان : إحداهما أنه يحكم عليه، والأخرى أنه يحبس حتى يحلف فإن طال حبسه خلي ، واليمين على هذه الرواية استظهارا واحتياطاً [٢] .

وإذاً قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى فلا يتصور على هذا رد اليمين على المدعي لأن ذلك لا يكون إلا بنكول المدعى عليه ، والنكول لا يكون بعد توجه اليمين إليه ، وعند الشافعي في هذه المسائل أن اليمين تلزم المدعى عليه فإن نكل ردت على المدعي فإن حلف حكم له [٣] ، فدليلنا على أن اليمين لا تلزم ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتي بشاهد فإن كان معها شاهد حلف»[٤] وهذا نص ، ولأن ذلك ذريعة إلى امتهان النساء بالأزواج فلا تشأ

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) انظر المدونة : ٧٢/٤ ، التفريع : ٢٤٣/٢ ، الرسالة : ٢٤٥ ، الكافي : ٤٧٩.

(٣) انظر الأم : ٣٨/٧ ، مختصر المزني : ٣٠٩ ، الإقناع : ١٩٨ .

(٤) أخرجه ابن ماجه بلفظ قريب منه « إذا ادعت المرأة طلاق زوجها ، فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها ، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد ، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه » في الطلاق ، باب الرجل يجحد الطلاق : ٦٥٧/١ وفي الزوائد : هذا إسناد صحيح ورجاله ثقات .

امرأة أن تؤذي زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه وذلك إضرار بالناس فيجب منعه على ما بيناه من الذرائع ،ولا يلزم عليه دعوى الأموال لأنها أخفض رتبة والإجماع على خروجها عن حكم هذا الأصل .

فصل [٢١ - الدليل على أن اليمين لا ترد فيما لا يقبل فيه إلا شاهدين] :

ودليلنا أن اليمين لا ترد فيما لا تقبل فيه إلا شاهدين أنا وجدنا الشاهد والمرأتين أقوى من اليمين والنكول لأن النكول من غير جنبة المدعى ، ولأنه لا يحتاج إليهم (١) مع المرأتين، وإذا ثبت ذلك كان الطلاق والنكاح لا يحكم فيه بشاهد والمرأتين كان بأن لا يحكم فيه الشاهد والنكول وبالنكول واليمين أولى .

فصل [٢٢- إذا كانت له بينة وعدل عنها إلى يمين المدعى عليه] :

إذا كان له بينة حاضرة وكان عالماً بها قادراً على إقامتها فعدل عنها إلى يمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها من بعد ففيها روايتان (٢) : إحداهما أن ذلك له والأخرى أنه ليس له ذلك .

فوجه الأولى أنها حال لو أقر فيها المدعى عليه لثبت الحق عليه فوجب إذا أقام فيها المدعي البينة أن يكون له ذلك أصله قبل أن يحلف ، ولأنها بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين لكان له ذلك فوجب ألا يقطعها اليمين أصله إذا كانت غائبة أو كان لا يعلم بها ،ووجه الثانية قوله ﷺ « شاهداك أو يمينه (٣) فجعل له أحدهما إذا استوفاه لم يكن له الآخر ، ولأنه لو قال للحاكم أريد أن تجمع لي بين الأمرين بين يمينه وبينتي لم يكن له ذلك فدل على ما قلناه ، ولأن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضا بها فلم يكن له نقض موجبها كما لو صالح ثم أراد الرجوع في الصلح .

---

(١) في م : إليه .

(٢) انظر المدونة : ٤/٧٢ - ٧٣ ، التفريع : ٢/٢٤٥ ، الرسالةن : ٢٤٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٥٦٨ .

فصـل [٢٣ - في يمين الإنسان علي فعل نفسه وعلى فعل غيره] :

يمين الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع وعلى فعل غيره يكون على العلم مثل أن يدعي على رجل مالا فيقر له به ويزعم أنه قضاه أباه فيحلف أنه ما قضاه قطعا ، ولو أدعى أن لأبيه عليه مالا وأنه ورثه عنه فزعم المدعى عليه أنه قد قضاه أياه حلف على العلم أنه لايعلم أباه اقتضى منه شيئاً ، والفرق بينهما أنه يقدر على العلم باقتضائه نفسه ولا يصل إلى العلم باقتضاء أبيه والصغير يحلف مع شاهد أبيه على إثبات الحق إذا بلغ ، ولو كان للميت شاهد بحق له ولد صغير سمع الحاكم شهادة شاهده ثم عرض اليمين على المدعى عليه فإن حلف لم يسقط الدعوى عنه ويؤخر إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويأخذ [(١)] ، وإنما عرضنا اليمين على المدعى عليه لجواز أن ينكل فيثبت الحق ولا يحتاج إلى انتظار بلوغ الصبي [(٢)] فلما لم ينكل كان الحق باقيا للصبي .

فصـل [٢٤ - فيمن كانت له دار يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر ثم جاء من يدعيها ...] :

إذا كانت في يد رجل دار جائز لها يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وإنسان يراه ويشاهده طول هذه المدة ولا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقا ولا مانعاً يمنعه مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة أو شركة في ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عريا من ذلك أجمع ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له ويقيم بينة بذلك فعندنا أن بينته غير مسموعة ويكون صاحب اليد أولى بها [(٣)] .

---

(١) انظر التفريع : ٢/٢٤٣ - ٢٤٤، الكافي : ٤٧٢ .

(٢) في م : إلى انتظار بلوغه .

(٣) انظر المدونة : ٤/٨٩ ، التفريع : ٢/٢٤٢ ، الكافي : ٤٦٨ .

وإنما قلنا ذلك لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها غير مقبولة لقوله تعالى ﴿ وأمر بالعرف ﴾[1] ، وأوجب الرجوع إليه عند الاختلاف [2] في الدعاوي كالنقد والحمولة والسير وغير ذلك وفي الأبنية ومعاقيد القمط ووضع الجذوع على الحائط فكذلك في هذا الموضوع ، وقد علمنا أن الإنسان في العادة إذا كان له ملك يراه في يد غيره يتصرف فيه تصرف ذي الملك التام بالهدم [3] والبناء والعمارة والإجارة والرهن وغير ذلك وينسبه إلى ملكه وهذا حاضر يراه ويشاهده ولا ينازعه ولا يدعي معه شيئاً ولا مانع يمنعه من مطالبته ولا يذكر أنه ملكه ولا يعارض فيه بل ساكت ثم يأتي بعد سنين طويلة ومدة بعيدة فزعم أنه ملكه ويقيم البينة على ذلك فإن ذلك خلاف العادة لأن الإنسان لا يسكت [4] على ما يجري هذا المجرى ولذلك قلنا إنه إن كان غائباً سمعت بينته لأنه لا عرف يكذب قوله وكذلك إذا كانت في يد سلطان يخافه إن أقام البينة .

وإنما قلنا : إن الحيازة من الأقارب لا تمنع الدعوى كجري العادة بإسباط بعضهم في إضافة الملك المشترك إليه وترك تشاحيهم فيها وإنما تبقى [5] مدة طويلة غير مقسومة بل على شركة المواريث المتداولة ففارقوا الأجانب .

فصل [٢٥ - التغليظ في الأيمان] :

التغليظ في الأيمان عندنا بالمكان والزمان [6] خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يغلظ في المكان [7] لقوله ﷺ « من حلف على منبري هذا على يمين كاذبة ولو

---

(١) سورة الأعراف ، الآية : ١٩٩ .

(٢) عند الاختلاف : سقطت من م .

(٣) التام : سقطت من م .

(٤) في ق : لا يسكتون .

(٥) تبقى : سقطت من ق .

(٦) انظر الموطأ : ٧٢٨/٢ ، المدونة : ٧١/٤ ، التفريع : ٢٤٣ ، الرسالة : ٢٤٥.

(٧) في مختصر القدوري - « ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا بمكان » : ٤١/٤ .

على سواك من أراك فقد تبوأ مقعده من النار »[1] ، ولأن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهما استحلفا عند المنبر[2] ، وروي أن عمر رضي الله عنه طولب بذلك في يمين توجهت عليه فافتدى ولم يحلف[3] ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لرجل - أحلف بالطلاق فقال لامرأته : حبلك على غاربك - تحلف بالله عند المنبر لما أردت الطلاق[4] ، ونحوه عن ابن عباس[5] فدل على أنه إجماع، ولأن اليمين تراد لزجر وردع وليتخرج الحالف ويمتنع من الإقدام على يمين إن كان مبطلا بها ويخرج من حق إن كان ، وقد ثبت أن الحلف في المواضع التي تعظم وتشرف أبلغ في الردع وأوقع في الزجر من الحلف في غيرها فوجب أن يكون أولى .

إذا ثبت هذا فالمواضع في البلد الذي يكون فيه الخصومة : ففي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ لأنه أشرف المواضع بها ، وللخبر الذي رويناه ، وفي سائر البلاد في أشرف البقاع بها وأعظمها حرمة وذلك في المسجد الجامع أو غيره مما يشرف به ويعظم ، وتغلظ على اليهود والنصارى فيحلف اليهودي في كنيسته والنصراني في بيعته لأن هذه المواضع هي أعظم مواضعهم عندهم ، ولأن التغليظ بذلك إنما الغرض به الردع والزجر فهي في المواضع التي يعتقدون تعظيمها أبلغ فيما يراد .

---

(١) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور باب تعظيم اليمين عند منبر النبي ﷺ : ٣/ ٥٦٧ ، وابن ماجه في الأحكام باب اليمين عند مقاطع الحقوق : ٢/ ٧٧٩ ، ومالك : ٢/ ٧٢٧ وأحمد : ٢/ ٣٢٩ ، وسنده صحيح (الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد : ٨/ ٦٥٥) .

(٢) أخرجه البيهقي : ١٠/ ١٧٧ .

(٣) أخرجه البيهقي : ١٠/ ١٧٧ .

(٤) انظر البيهقي : ٧/ ٣٤٣ .

(٥) انظر الشافعي في الأم : ٧/ ٣٦ ، والبيهقي : ١٠/ ١٧٧ .

فصـل [٢٦ - الحقوق التي تغلظ فيها الأيمان] :

فأما الحقوق التي تغلظ فيها فينظر فإن كانت الدعوى في غير المال مثل الدماء والطلاق والعتاق وما أشبه ذلك فإن اليمين [١] تغلظ في ذلك كله ، وإن كانت الدعوى في مال فلا تغلظ فيه عن المنبر في التافه اليسير وهو ما دون ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق وتغلظ في ربع دينار وفي ثلاثة دراهم فصاعدا[٢]، وقال الشافعي : تغلظ في العشرين ديناراً دون ما قصر عنها [٣]، وقال بعض المتأخرين تغلظ في القليل والكثير [٤] .

ودليلنا علي أنه لا تغلظ في اليسير ما روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه رأى رجلاً يحلف عند المنبر فقال : أعلى دم ، فقال ، لا ، فقال : على عظيم من المال فقال لا ، فقال لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان [٥] ، ولم ينكر ذلك عليه أحد فثبت تقدير المحلوف عليه ، ولأن المقصود من التغليظ الردع والزجر بحرمة الموضع المحلوف عنده فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدر إعظاماً للموضع وتأكيدا لحرمته ، ودليلنا على أنه تغلظ في ربع دينار أنه قدر من المال تثبت به حرمته في الشرع بدليل أنه يقطع فيه اليد وأنه أقل ما يستباح به البضع فجاز التغليظ فيه كنصاب الزكاة ، ولأنه خارج عن التفاهة والنذارة بدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لم يكن رسول الله ﷺ يقطع في التافه وكان يقطع في ربع دينار [٦] .

---

(١) في م : الأيمان .

(٢) انظر الموطأ : ٧٢٨/٢ ، التفريع : ٢٤٤/٢ ، الكافي : ٤٨٠ .

(٣) انظر الأم : ٣٦/٧ ، مختصرم المزنى : ٣٠٨ .

(٤) قاله ابن جرير (المغني : ٢٢٩/٩) .

(٥) أخرجه الشافعي في الأم : ٣٦/٧ ، والبيهقي في سننه : ١٧٦/١٠ .

(٦) سبق تخريج الحديث .

فصـل [٢٧ - فيما يستحب فيه التغليظ في الزمان] :

وأما التغليظ في الزمان فيستحب في الدماء واللعان أن يكون الحلف بعد صلاة العصر لقوله عز جل ﴿ تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ﴾ [١] قيل في التفسير : بعد صلاة العصر[٢] ، وفي الحديث أن النبي ﷺ قال : « ثلاثة لا ينظر إليهم : فذكر من حلف يمينا كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال امرىء مسلم»[٣] ، ولأن أدبار الصلوات أوقات مشرفة معظمة ترتجى فيها إجابة الدعاء ويتقرب الإنسان إلى الله تعالى بالتسبيح والذكر فيها فهي أبعد من اكتساب الآثام بالأيمان الكاذبة ، واختير بعد صلاة العصر لأنه وقت يجتمع فيه الناس وربما ردع ذلك الحالف به .

فصـل [٢٨- في كو ن لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالالفاظ] :

لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالألفاظ ولا تزاد في الحلف على أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقط [٤] ، وقال الشافعي يزاد على ذلك عالم خافية الأعين وما تخفي الصدور والذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية [٥] وما أشبه ذلك[٦] ودليلنا أن هذه الصفات لا غاية لها ولا حصر فلم يكن بعضها بأن تغلظ اليمين به بأولى من بعض فوجب الاقتصار على الحلف باسمه تعالى ووصفه الأخص الذي لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات .

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ١٠٦ .

(٢) انظر تفسير الطبري : ١٠٩/٧ .

(٣) أخرجه البخاري في المساقاه باب اثم من منع ابن السبيل من الماء : ٣/ ٧٥ - ٧٦، ومسلم في الأيمان باب بيان غلط الاسبال : ١٠٣/١ .

(٤) انظر التفريع : ٢٤٣/٢ - الرسالة : ٢٤٥ ، الكافي : ٤٧٩ .

(٥) في م : الجهر .

(٦) انظر الأم : ٩٩/٦ ، مختصر المزني : ٣٠٩ .

فصـل [٢٩ - في كيفية إحلاف اليهودي والنصراني] :

ولايزاد في إحلاف اليهودي أن يقال الذي أنزل التوراة على موسى ولا في إحلاف النصراني أنزل الإنجيل على عيسى [(١)] خلافاً للشافعي [(٢)] لأن ذلك معنى زائد على التغليظ في صفات اليمين لا يجب في حق المسلم فنقول لأنها يمين وجبت في حق فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص أصله في حق المسلم ، ولأنه كافر فلم يزد في إحلافه على اسم الله وصفة الإخلاص كالوثني ، ولأن زيادة هذه الصفات إن كانت لاختصاص الكتابيين بها فيجب أن يزاد الذي كلم موسى على الطور وغير ذلك فيجب أن يزاد على الوثني اللاة والعزى لأن ذلك هو الذي يعظم وذلك باطل .

فصـل [٣٠ - في الحلف قائماً واستقبال القبلة في ذلك ؟] :

يحلف قائماً في كل الحقوق [(٣)] لأن ذلك أبلغ في الردع والزجر وأما استقبال القبلة فقيل إنه لا يحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع وقيل يستقبل بالحالف القبلة لقوله ﷺ : « خير المجالس ما استقبل به القبلة » [(٤)] لأن ذلك أردع له وأزجر ، ولأن استقبال القبلة يعظمها المسلمون مالا يعظمون [(٥)] الانحراف عنها ألا ترى أنه يفعل بالمحتضر وفي الدفن وعند الذبح والآذان فكذلك في اليمين .

فصـل [٣١ - في افتداء اليمين] :

يجوز افتداء اليمين وهو أن يبذل شيئاً لتسقط عنه [(٦)] لأنه إجماع الصحابة

---

(١) انظر المدونة : ٤/٧٢ ، التفريع : ٢/٢٤٤ ، الكافي : ٤٨٠ .

(٢) انظر مختصر المزني : ٣٠٩ .

(٣) انظر المدونة : ٤/٧١ ، الرسالةن : ٢٤٥ ، الكافي : ٤٧٩ - ٤٨٠ .

(٤) سبق تخريج الحديث .

(٥) في ق : يعلمون .

(٦) انظرم المدونة : ٤/٧١ ، الكافي : ٤٨٠ .

وروي أن عثمان رضي الله عنه خاصمه يهودي إلى عمر وادعى عليه أربعة آلاف درهم فوجبت [1] عليه اليمين فأبى أن يحلف وغرم المال فلما فعل ذلك وقال : والله ماله علي شيء فقال عمر ما حملك على ما فعلت قال خفت أن يصادف يمين قدرا [2] فيقول الناس ظلم عثمان اليهودي ولم ينكر عليه عمر [3] ، ولأن ابن مسعود أُخِذ بأرض الحبشة فصالح [4] عن نفسه بدينارين [5] ، ولأن في الاستحلاف مذلة [6] وامتهانا فجاز للإنسان الافتداء منها صيانة للعرض وقد قال ﷺ : « ما وقي به المرء عرضه فهو صدقة [7] » .

فصل [٣٢ - في استحلاف المرأة في بيتها] :

وإذا كانت المرأة من ذوات الأقدار والشرف جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها [8] لأن في ذلك صيانة لها وإقلالاً من تبذيلها ، ولا مقال للخصم في ذلك لأن الذي يجب له إحلافها دون تبذيلها وإن كانت ممن لا تخرج نهاراً جاز أن تؤخر لتخرج ليلاً زيادة في الصيانة وقلة التبذل .

فصل [٣٣ - فيمن أراد كتابة كتاب على غيره] :

من أراد أن يكتب على غيره كتاباً بذكر حق أملاه الذي عليه الحق وإن أملاه الذي له الحق بحضرته ورضاه فلا بأس به وإن ارتضيا بمن يمليه غيرهما جاز

---

(١) في م : فتزحمت .
(٢) في ق : القدر .
(٣) انظر سنن البيهقي : ١٠/ ١٧٧ .
(٤) في م : فصانع .
(٥) سنن البيهقي : ١٠/ ١٣٩ .
(٦) في م : بذلة .
(٧) أخرجه الحاكم : ٢/ ٥٠ .
(٨) انظر المدونة : ٤/ ١٠٣ ، التفريع : ٢/ ٢٤٤ .

وأجرة الكتاب عليهما وإن كان الدين لجماعة فأجرة الكتاب عليهم بالسوية اتفقت سهامهم أو اختلفت [١] .

وإنما قلنا إنه يمل الذي عليه الحق لقوله تعالى : ﴿ وليملل الذي عليه الحق﴾[٢] ، ولأن الذي له الحق قد يزيد [٣] فيما له عليه ويتغافل عنه الذي عليه الحق فإذا أملاها الذي عليه الحق كان ذلك أمنا لها يخاف منه وقد وعظ الله الذي عليه الحق فقال ﴿ وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً ﴾ [٤] ، ولأنه قد يزيد الذي له الحق في التوثق على ما يجب له وذلك غير جائز ، ولأن الذي عليه الحق إذا أملاه صار ذلك إقرارا منه فيعتد به وإذا أملاه الذي كان مدعيا والدعوى لا يعتد بها فيقال للذي عليه إذا أملاه أنت لتقربها عليك فإن كان سها أو غير عالم بالشروط أمل ذلك وليه الذي إليه أمره أو وكيله لأنه إذا كان عن أمره فإقراره حاصل .

وإنما قلنا إن أملاه صاحب الحق بحضرته ورضاه جاز لأن التهمة تزول عنه وتصير كأن الذى هو عليه أمله فيكون إقرارا ، وإنما قلنا إن الأجرة عليهما لأن الكاتب أجير لهما ، وإنما قلنا إنها تكون على أهل الدين بالسوية وإن اختلفت أنصباؤهم لأن التعب في ذلك واحد فليس نصيب واحد منهم أكثر من نصيب الآخر والله أعلم .

* * *

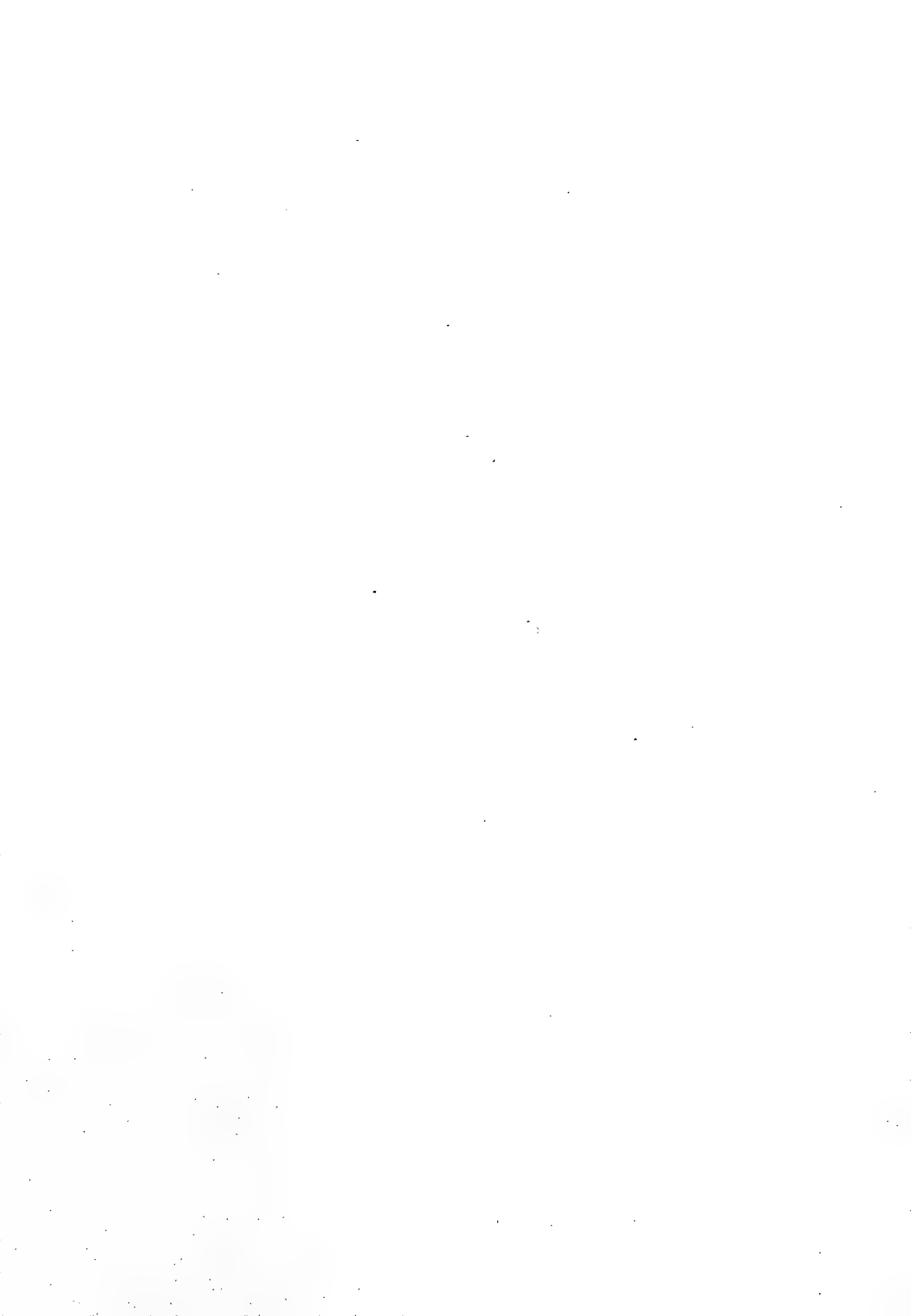
---

(١) انظر المدونة : ٤/٧٦ ، التفريع : ٢/٢٤٦ ، الكافي : ٤٩٨ .

(٢) سورة البقرة ، الاية : ٢٨٢ .

(٣) في م : قد ينسى .

(٤) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .



كتاب الحبس والوقوف والصدقة والعمرى والرقبي وما يتصل بذلك

قال القاضي : الحبس والوقف [1] صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حاكم به[2] وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يلزم الوقف ولا يزول [3] عن ملك الواقف قبض أو لم يقبض وله الرجوع عنه بالبيع والهبة ، ويورث عنه إن مات إلا أن يحكم به حاكم أو يكون الوقف مسجدا أو سقاية أو يوصي به فيكون في ثلثه [4] .

فدليلنا فعل رسول الله ﷺ [5] ، وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف منهم الأئمة الأربعة وطلحة [6] والزبير [7] وزيد بن ثابت وعائشة وأبو رافع[8]

---

(١) الحبس : قال الرصاع : الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف ، والوقف عندهم أقوى في التحبيس وهما في اللغة لفظان مترادفان يطلق على الأعطاء ، وفي الاصطلاح : إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً (شرح الرصاع على ابن عرفه : ٤١٠ ، ٤١١) .

(٢) انظر المدونة : ٣٤٣/٤ ، التفريع : ٣٠٧/٢ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي: ٥٣٦.

(٣) انظر الأم : ٥٨/٤ ، مختصر المزني : ١٣٣ ، الإقناع : ١١٩ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ١٣٧-١٣٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٨٠/٢ .

(٥) في قصة عمر بن الخطاب التي سيأتي ذكرها قريباً .

(٦) **طلحة** : بن عبد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة اليمني أبو محمد المدني ، أحد العشره مشهور استشهد يوم الجمل سنة ست وثلاثين وهو ابن ثلاث وستين (تقريب التهذيب : ٢٨٢) .

(٧) الزبير : سقط من ق .

(٨) أبو رافع : القبطي مولى رسول الله ﷺ اسمه ابراهيم وقيل أسلم أو ثابت أو هرمز مات في أول خلافة عليّ على الصحيح (تقريب التهذيب : ٦٣٩) .

وخالد بن الوليد [1] وابن عمر وغيرهم [2] رضوان الله عليهم ، وكذلك قال مالك : هذه صدقات رسول الله ﷺ وأصحابه والخلفاء [3] معروفة عندنا [4]، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال للنبي ﷺ إني أصبت أرضا بخيبر وهي من أنفس مال أصبته وإني أريد أن أتصدق بها فقال له ﷺ : « حبس الأرض وسبل الثمرة » [5] وفي طريق آخر فتصدق به عمر وكتب هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث ، على الفقراء وذوي القربى وفي سبيل الله وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف[6] ، ففيه أدلة : أحدها قوله ﷺ « حبس الأرض » وذلك يقتضي التأبيد وانتفاء الرجوع فيه ، والثاني أن عمر استشار رسول الله ﷺ في ذلك فأشار عليه به فدل على أنه يلزم وإلا لم يكن قد دله على مراده ، والثالث أنه كتب لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد إذنه ﷺ فيه لأنه تحبيس أصل على وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم أصله المسجد .

وقولنا أصل [7] احترازا من الحيوان والعروض على إحدى الروايتين ، ولأنه ضرب من العطية يلزم بعد الوفاة بالوصية فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة أصله

---

(1) خالد بن الوليد : ابن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم المخزومي سيف الله ، أبو سليمان من كبار الصحابة كان أميرا على قتال أهل الردة وغيرها من الفتوح إلى أن سنة إحدى أو أثنين وعشرين (تقريب التهذيب : ١٩١) .

(٢) انظر البيهقي : ١٠/١٦٠ - ١٦٣ ، عبد الرزاق : ١٠/ ٣٧٧ ، كنز العمال : ٦/ ٦٥ ، المحلي : ٩/ ١٨٠ .

(٣) والخلفاء : سقطت من ق .

(٤) ذكره هذا النص الباجي في المنتقي: ٦/ ١٢٢ ، وابن رشد في المقدمات : ٤١٨٢ .

(٥) أخرجه البخاري في الشروط في الوقف : ٣/ ١٨٥ ،ومسلم في الوصية : ٣/ ١٢٥٥ .

(٦) هذا تتمة للحديث السابق .

(٧) في م : أصلاً .

الهبة والصدقة ، ولأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يفتقر إلي حكم حاكم أصله العتق ويزيد [1] في الفرع إزالة ملك عن منافع الرقبة المحبسة .

فصل [١ - جوز الحبس في المحوز والمشاع] :

ويجوز ذلك في المحوز والمشاع خلافاً لأبي يوسف [2] ومحمد [3] ، لحديث عمر أنه أصاب مائة سهم وذلك يقتضى أنه مشاع ، ولأنها عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمحوز .

وعنه في حبس غير العقار من الحيوان روايتان [4] : إحداهما المنع ، والأخرى الجواز ، ومن أصحابنا من يقول إن حبس الخيل جائز ، وإنما الخلاف في غيرها: فوجه المنع أن الأخبار إنما وردت في العقار دون غيره فلم يجز تعديه ، ولأن الحبس والوقف إنما يراد للتأبيد والدوام وذلك لا يمكن إلا في العقار فلم يجز في غيره مما يتغير ولا يدوم ألا ترى أن الشفعة لما استحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام اختصت بالعقار دون غيره لأن الدوام لا يوجد في غيره غالباً لسرعة تغيره، ووجه الجواز قوله ﷺ « إنكم تظلمون خالدا أنه حبس أذرعه وأعبده في سبيل الله » [5] والأذرع الخيل وروي أن أبا معقل [6] وقف بعيراً له فقيل

---

(١) في م : نريد .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ١٣٦ - ١٣٧ ، ومختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٨١/٢ ، وفيه أن « وقف المشاع جائز عند أبي يوسف وقال محمد لا يجوز .

(٣) **محمد بن الحسن** : ابن فرقد أبو عبد الله الشيباني صاحب أبي حنيفة وناشر فقهه، أحد علماء وقضاة الإسلام ، ولد بواسط ونشأ بالكوفة ولاه الرشيد القضاء بالرقة ت ١٨٩ هـ (شذرات الذهب : ٣٢١/١ وفيات الأعيان : ١٨٤/٤) .

(٤) انظر المدونة : ٣٤٢/٤ ، التفريع : ٣٠٨/٢ - ٣١٠ ، الكافي : ٥٣٦ .

(٥) أخرجه البخاري في الزكاة باب قول الله تعالى : ﴿ وفي الرقاب .. ﴾ : ١٤٨/٢ . ومسلم في الزكاة باب في تقديم الزكاة ومنعهما : ٦٧٦/٢ .

(٦) **أبو معقل** : الأبيدي الأنصاري يقال اسمه الهيثم ، صاحبي وهو والد معقل وزوج أم معقل (تقريب التهذيب : ٦٧٤) .

لرسول الله ﷺ فلم ينكر وإن أم معقل قالت : يا رسول الله أريد الحج وإنه وقف السبيل فأركبه فقال : « اركبيه ، فإن الحج من سبيل الله » [1] ، ولأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار .

فصــل [٢ - في عدم جواز البيع واستبدال الربع المحبس] :

الربع الموقف أو المحبس حبسا محرماً لا يجوز بيعه إذا خرب ولا الاستبدال به بوجه [2] لأن في بيعه إبطال شرط الواقف وحلا لما عقده وذلك غير جائز ، واعتباراً به إذا لم يخرب ، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان فلم يكن في تبقيته إتلاف له لجواز عودة العمارة إليه ، ولأن في بيعه إبطالاً لحق من جعل له فيه حق بعد هذا البطن [3] ولا سبيل إلى ذلك وجواز بيعه محكي عن ربيعة [4] وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه [5] في هذا الوقت [6] .

فصــل [٣ -في الفرس المحبس وغيره إذا هرم أو كلب] :

وأما الفرس أو غيره إذا كلب أو حطم أو هرم وخيف عليه العطب فيجوز بيعه عند ابن القاسم ولا يجوز بيعه عند عبد الملك ، فوجه قول ابن القاسم إنه إذا لم يبق فيه منفعة في الحال ولا في المترقب في الوجه الذي حبس عليه لم يكن في تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف وذلك غير جائز لأن إضاعة المال منهي عنها

---

(١) أخرجه أبو داود في المناسك باب العمرة : ٢/ ٥٠٤ ، وأخرجه النسائي مختصراً : ١/ ٣٠٠ . وأخرجه ابن ماجه مختصراً أيضاً في الحج باب العمرة في رمضان : ٢/ ٩٩٦ ، والحاكم : ١/ ١٨٣ ، وصححه الألباني في إروائه : ٦/ ٣٣ .

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٣٤٢ ، التفريع : ٢/ ٣٠٧ - ٣٠٨ ، الكافي : ٤١ .

(٣) في م : النظر .

(٤) انظر الكافي : ٥٤١ .

(٥) في ق : ونسيت تحققه وفي ر : ولنست أتحققه .

(٦) قاله عبد الملك وطائفة من المالكيين (الكافي : ٥٤١) .

ومتى بيع هذا الفرس الذي قد كلب أو دخل العيب قوائمه لم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشتريه في غير ذلك الوجه بأن يطحن [1] عليه أو يعمل عليه وابتيع بثمنه غيره فكان ذلك أولى من إضاعته ، ولأن في تبقيته و منع بيعه إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وتبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض [2] مسده أولى .

ووجه قول عبد الملك اعتباره بالرباع بعلة أنها عين أبد حبسها فلم يجز بيعها ، فإذا ثبت هذا وبيعت على قول مالك وابن القاسم جعل ثمنها في مثلها إن بلغ وإلا أعين به في مثله وانتفع في ذلك الوجه الذي حبس الأصل فيه لأن بدل الشيء يقوم مقامه وهذا كله على قول [3] أن حبس الحيوان جائز فأما إذا قال أن حبسه لا يصح فلا معنى لهذا الفرع ويجوز على الإطلاق .

فصـــل [٤ - الألفاظ التي ينعقد بها الوقف] :

الألفاظ التي ينعقد بها الوقف هي أن يقول وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك مما يفيد معناه [4] فأما لفظ الوقف فإنه صريح في التأبيد فإذا قال وقفت هذ الدار وقال هذه الدار وقف كان هذا القدر كافيا في تأبيد [5] تحريمها فلا يرجع ملكا أبداً وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا تباع ولا توهب ولا تورث فذلك تأكيد والاقتصار على لفظ الوقف كاف .

وإنما قلنا ذلك لأن مفهوم هذه اللفظة في العرف أنه يقصد بها السبيل وتأبيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك فيها ، فأما لفظ الحبس

---

(١) انظر المدونة : ٣٤٢/٤ ، التفريع : ٣١٠/٢ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي : ٥٤١ .
(٢) بعض : سقطت من م .
(٣) في م قوله .
(٤) انظر المدونة : ٣٤٣/٤ ، التفريع : ٣٠٨/٢ ، الكافي : ٥٣٦ ، المقدمات : ٤١٩/٢ .
(٥) في م : تأثير .

فهو أن يقول داري هذه حبس في وجه كذا أو لا يقول ، لكن [(١)] إن قال حبس فقط أو قال قد حبستها فإنها تكون حبساً [(٢)] في الوجه الذي جعله فيه وإن لم يذكر له وجها بل قال : حبس فقط صرف في وجوه البر والخير ،فأما الحكم في تأبيده فينظر فإن لم ينضم إلى ذلك أن يقول : وقف لاتباع ولا توهب أو غير ذلك مما يفيد التأبيد وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا مر موفين مثل أن يقول : حبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولم يذكر عقبا ولا نسلاً فقد اختلف قوله في ذلك هل يتأبد أم لا ففي روايتان :[(٣)] إحداهما أنه لا يتأبد ويصرف أولا في الوجه الذي جعله فيه (فإذا زال عاد ملكا له إن كان باقيا أو لورثته إن كان ميتاً ، والأخرى أنه يتأبد فيصرف أولا في الوجه الذي جعله) [(٤)] فيه فإذا انقرض عاد حبساً إلى أقرب الناس بالمحبس عليه ، فإن لم يكن له قرابة عاد إلى الفقراء والمساكين ، فأما إن انضم إلى لفظ الحبس في المعنيين [(٥)] بعض ألفاظ [(٦)] التأبيد مثل أن يقول حبس وقف أو محرم أو موبد أو لاتباع ولا توهب أو جعل إطلاق لفظه في مجهولين أو موصوفين كالفقراء والعلماء أوبنى تميم [(٧)] أو فلان وعقيبه أو على ولدي وعقبهم ولم يعين ولا ذكر مرجعا فلا يخلتف المذهب في هذين الوجهين أنهما يفيدان التأبيد والتحريم ، فأما لفظ الصدقة وهو أن يقول هذه الدار صدقه على فلان فإنه على وجهين : أحدهما أن يريد تمليكه الرقبة والآخر أن يريد الحبس فإن أراد المتصدق

---

(١) في م : إلا أن كان .

(٢) في ق : حبسها .

(٣) انظر المدونة : ٣٤٣/٤ ، التفريع : ٣٠٨/٢ ، الكافي : ٥٣٧ - ٥٣٨ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق وأكمل النقص من ر .

(٥) في ق: في الهيئتين .

(٦) في ق : لفظ .

(٧) بني تميم : سقطت من م .

تمليك الرقبه جاز وكان ملكا للمتصدق عليه كالهبة ، وإن أراد به معنى التحبيس فذلك على وجهين إنك كان على رجل معين أوقوم معينين غير مجهولين ولم يذكر عقبى ففيها روايتان على ما بيناه في لفظ الحبس :

إحداهما أنه لا يتأبد فيصرف أولا فيمن نص عليه فإذا انقرض ذلك الوجه عادت ملكا ، والأخرى أنها تتأبد فتصرف في الوجه الذي جعلت فيه فإذا انقرض عادت إلى الفقراء والمساكين ، وأما إن جعلها في قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كبني تميم [1] وبني تغلب [2] أو على موصوفين كالعلماء والفقراء أو شرط في المعنيين أعقابهم فإنها تتأبد ولا تكون ملكا وكذلك ذكر ابن عبد الحكم [3] عن بعض أصحابنا في هذا إذا قال صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا أنها تكون ملكا لآخر عقيب من رجل أو امرأه ويتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبسا وهذا الذي قاله ليس بشيء والصحيح أنها تكون حبسا ، وأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضي معنى الحبس لا من لفظ التأبيد ولا من صفات المتصدق عليهم فلا يكون معنى الحبس لأن ظاهر الصدقة تقتضي تمليك الرقبة ، وإنما ينصرف إلى الحبس بقرينة تنضم إليه ، فأما إن جمع بين لفظ الحبس والصدقة فقال هذه الدار حبس صدقة أو قال حبس فإن ضم إلى ذلك لا تباع ولا توهب أو قال محرمة أو مؤبدة أو وقف فلا يختلف المذهب إنها تتأبد بذلك ، وإن لم يقل إلا حبسا

---

(١) بنو تميم : نسبة إلى تميم والمنتسب إليها جماعة من الصحابة والتابعين إلى زماننا وهو تميم بن مره بن ادبن بن طابخة بن الياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان (الأنساب للسمعاني : ٣/ ٧٧) .

(٢) بنو تغلب : نسبة إلي تغلب وهي قبيلة معروفة وهي تغلب بن وائل بن قاسط ابن ابن أقصى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان (الأنساب للسمعاني : ٣/ ٥٧) .

(٣) في م ابن عبدوس و الصحيح ما في ق تبعا لما جاء في المقدمات : ٢/ ٤٢٠ .

صدقة أو صدقة حبسا ولا ذكر مجهولين ولا عقبى فاختلف أصحابنا في تخريج قول مالك فيها : فمنهم من قال إنها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة إنها ترجع حبسا ولا تعود ملكا هذه جملة مما ذكره أصحابنا في ألفاظ الحبس والوقف ونحن نتكلم على تفصيلها .

فصـل [٥ - في أن لفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم والتأبيد] :

قد بينا أن لفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم والتأبيد ، ووجه قوله في الحبس المطلق على المعنيين أنه يرجع ملكا هو أن مجرد لفظ التحبيس لا يقتضي التأبيد والتحريم لامن لفظه ولا من معناه لأن لفظه مجرد على التحريم ومعناه أن [١] المنفعة لمن جعلت فقط حبس عليهم لا تخرج عنهم فأما تحريمها بعد انقراضهم لإنه مما لا يستفاد به فإذا كان كذلك وجب عودها ملكا للمحبس (لأنها على أصل ملكه لزوال الحق الذي يتعلق بها فإذا وصفت بالتأبيد والتحريم) [٢] فقد انضم إلى لفظه ما دل على المراد به فلذلك قلنا أنه مؤبد وكذلك إذا جعل على مجهولين أو موصوفين فإنه يقوم مقام التأبيد والتحريم ويدل على أن المحبس أراد إلا يرجع ملكا لأنه ملك منفعتها لمجهولين لا يحاط بعددهم ولا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفين بصفة لأن ذلك ينتظم الموجودين والمعدومين فدل هذا على أنه قصد بذلك التحريم .

ووجه قوله أنها تكون حبسا محرمة قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه « حبس الأصل وسبل الثمرة » [٣] وموضع التعلق منه أن عمر أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تبتدأ وهي تمليك رقبته فأشار عليه بأن يحبس أصله ويسبل الثمرة ، فدل علي أن الأصل يتأبد تحريمه ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلاً لأنه كان

---

(١) في ق لان .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) سبق تخريج الحديث ١٥٩٢ .

يعود إلى ملكه فيبطل غرضه في التصدق به ، ولأن إطلاق القول أن هذا حبس منافعه على التأبيد مستحقه لأنه لم يقيد ذلك بوقت دون وقت فكان الإطلاق مقتضياً للتأبيد وليس يخرجه عن ذلك بيانه لمن حبست عليه أن يقول حبس على فلان لأن ذلك لا يفيد تقييد الحبس [1] وإنما يفيد التبدئة فقط ، ولأنه لفظ يقتضي التحبيس فوجب أن يستحق التأبيد بإطلاقه أصله لفظ الوقف ، ولأن لفظ حبس مطلق فوجب أن يقتضي التحريم أصل إذا كان على مجهولين .

فصـل [٦ - في المراد من لفظ الصدقة] :

وأما لفظ الصدقة فإن أراد به وجه الحبس (فقد بينا أن الاختلاف فيه كهو في لفظ الحبس) [2] فوجه القول بأنه لا يتأبد أن إيجابه التصدق بالمنفعة [3] على زيد أو ولده المعينين أو فى وجه كذا لا يوجب التحريم لا من لفظه ولامن معناه وإنما يقتضى تبقيته ما دام الوجه صرف فيه باقياً فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل ، ووجه القول بأنه يوجب التأبيد أن إطلاق لفظ التصدق به يفيد التخلي منه فكان كالوقف .

فصـل [٧- إذا جمع بين اللفظين في الوقف] :

فأما إذا جمع بين اللفظين [4] فوجه القول بأنه لا يتأبد أن ذلك مبني علي أن كل واحد بانفراده غير متأبد ، فإذا جمعهما لم يتم جمعه بهما التأبيد لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكما يخالف حكم الانفراد ، ووجه القول بالتأبيد أن فائدة التأبيد تحريم المحبس وتأبيده كقوله : لا يباع ولا يوهب .

فصـل [٨- إذا جعل الوقف في قوم مجهولين أو موصوفين] :

وإنما قلنا إنه إذا جعله في قوم مجهولين أو موصوفين أن ذلك يكون على

---

(١) في ق : الحق .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في ق : بالنصف.

(٤) في م : الوصفين .

التأبيد فلأن غير المحرم إنما يعود إلي المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم فإذا صرفه إلى المجهولين علمنا أنه أراد التأبيد بأنه لا يعلم انقراضم وكذلك الموصوفون لأن ذلك ينتظم المعدوم والموجود وذلك يقتضي تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم وكذلك [(١)] العقب يقتضى التأبيد إلا أن يكون أصله معينا فإنه بتعيين بتعيين أصله .

وإنما قلنا إنه إذا قال هذه الدار حبس ولم يعين الوجه الذي تصرف فيه فإنها تصرف في وجوه الخير والبر لأن الحبس والوقف يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه وذلك يتعين بتعيينه فإذا لم يعينه كان مطلقا فيها ولم يجز إبطاله لأنه لو صرح بذلك لكان هذا حكمه .

ومن شرط الحبس والوقف أن يخرج من يده في صحته فإن أقام في يده حياته أو إلى مرضه الذي مات فيه فإنه يبطل ويكون ميراثاً إلا أن يكون أخرجه عن يده مدة يسيرة [(٢)] فيها ثم أعاده إلى نظره فكان يصرف غلاته في وجوهها ويقوم بها فإن ذلك لا يبطل الحبس .

وإنما قلنا ذلك لحديث أبي بكر رضي الله عنه أنه كان نحل عائشة رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقا فلم يقبضه حتى مرض مرضه الذي مات منه فقال لها : لو كنت حزتيه لكان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث [(٣)] ، ولأن ذلك طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله في حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته فلا ينفع الحجر عليه شيئاً فأما إن عاد إليه فكان يليه ويصرف غلاته في وجوهها وسلبها [(٤)] فإنه لا يبطل لأن التهمة تزول عنه إذا كان أخرجه عنه مدة بينة وأشهر [(٥)] أمره ،

---

(١) في م : ذلك .

(٢) في ق : لابيهم .

(٣) أخرجه البيهقي : ١٧٨/٦ .

(٤) في م : ويسبلها .

(٥) في ق : وأشهد .

ولاحد لهذه المدة إلا ما يعلم في مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالمال [1] حياته وأدوا ورثته عنه ، وابن القاسم يحد فيه سنة لأنها مدة وضعت للاختيار كإقامة البكر عند الزوج والعنين وعهدة السنة ، وكان شيخنا أبو بكر رحمه الله [2] يقول : القياس ألَا يصح رجوعه إلى يده طالت المده أو قصرت .

وإنما قلنا إنه إذا كان المحبس عليه من هو في ولايته فإن قبضه له قبض وكذلك الهبة لأنه ليس من أهل القبض لنفسه والنظر لها فكان قبض وليه قبضا له فلا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير لأن ذلك ذريعة إلي أن ينتفع بماله حياته ثم يخرجه عن ورثته بعد موته فوجب حسم الباب بمنعه .

فصـــل [٩ - حكم الحبس المتأبد بنقرض الوجه الذي جعل فيه] :

وإنما قلنا إن المحبس المتأبد إذا انقرض الوجه الذي جعل فيه عاد إلى أقرب الناس بالمحبس لأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأباعد ، وقد قال ﷺ « لا يقبل الله صدقه وذو رحم محتاج » [4] ، وقال لأبي طلحة : « أجعلها في الأقربين » [5] ، وقال ﷺ « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول» [6] .

فصـــل [١٠- الوقف في الصحة وفي المرض] :

الوقف في الصحة من رأس المال وفي المرض أو الوصية من الثلث [7] لأن

---

(١) في م : بالملك .

(٢) رحمه الله سقطت من م .

(٣) في ق : الحبس .

(٤) لم أعثر على تخريج هذا الحديث .

(٥) أخرجه البخاري في الزكاة باب الزكاة على الأقارب : ١٢٦/٢ ، ومسلم في الزكاة باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين : ٦٩٤/٢ .

(٦) أخرجه البخاري في الوصايا باب تأويل قوله ﴿ من بعد وصيته ﴾ ١٨٩/٣ ومسلم في الزكاة ، باب اليد العليا خير من السفلى ٧١٧/٢ .

(٧) انظر المدونة : ٣٤٤/٤ ، ٣٤٦ ، التفريع : ٣٠٨/٢ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي: ٥٣٧ .

الصحيح لا يتعلق عليه حجر [1] لأحد في ماله ولا الوارث ولا غيره فكانت عطاياه وهباته من رأس المال ، والمريض محجور عليه من أجل ورثته فما يفعله موقوف علي الثلث بعد موته لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته لأن ذلك تقدير ما جعل له ، وإنما لم يحكم بتنجيزه من الثلث في الحال لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله فيؤدي إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز .

فصـل [١١ - في عدم جواز وقف الإنسان على نفسه] :

ووقف الإنسان على نفسه لا يصح [2] خلافاً لما يحكى عن أبي يوسف [3] لأنه إذا ملك شيئاً بضرب من ضروب الملك لم يملك نقله إلى نفسه بغير ذلك الوجه أصله إذا وهب لنفسه شيئاً من ماله .

فصـل [١٢ - حكم من وقف وقفا في مرضه أوصيته] :

وإن وقف في مرضه أو وصيته شيئاً على ورثته خاصة دون غيرهم لم يصح ذلك وكان ملكا للورثة [4] لأن ذلك يجري مجرى الوقف على نفسه ولأنه يوقف[5] عليهم ملكهم ويمنع التصرف فيه وذلك غير جائز فيه ، وإن وقف على بعضهم لم يجز أيضاً ، فإن دخل معهم أجانب نفذ [6] الوقف من الثلث وقسم

---

(١) في م : حجه .

(٢) انظر مواهب الجليل : ٦/ ٢٤ - ٢٥ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ٨٠ .

(٣) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٨٥ - ١٨٦ .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٣٤٤ ، التفريع : ٢/ ٣٠٨ ، الكافي : ٥٣٧ .

(٥) في ق : ولا يوقف .

(٦) في ق : يعد .

نصيب الورثة على الشرط الذي شرطه وأخذ الأجانب حقوقهم ، وإنما يصح الوقف إذا دخل فيه الأجانب لأنه قد وقفه على من يصح الوقف عليه ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض .

وإذا وقف على بعض ورثته وعلى أجانب كان ما يصيب الوارث بينه وبين باقي الورثة ، ومن مات من الورثة ، الذين لم يدخلهم في الوقف قام وارثهم مقامهم لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال التى كانت له فإذا مات الوارث الموقوف له انقطع حق باقي الورثة فيما كان يصيبه خاصة فإذا مات جميع الورثة الموقوف[1] عليهم انقطع حق باقي الورثة جملة وحصلت بغير الورثة .

فصـل [١٣ - إذا حبس على جماعة شيئاً ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم] :

إذا حبس على جماعة شيئاً ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم فمات بعضهم: فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ أو ينقسم كالغلة والثمرة وما أشبه ذلك فإن حصة الميت تكون في الوجه الذي جعل فيه بعد انقراضهم ولا يرجع على من بقي من أهل الحبس وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يُختدم والدابة تركب ففيها روايتان : إحداهما أنه كالذي ينقسم (ترجع حصة الميت إلى الوجه الذي نفذه)[2]، والأخرى أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف علي من بقي منهم فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذي بعدهم [3] .

وإنما قلنا إنه إذا كان مما يتجزأ وينقسم فإن حصة الميت لا تعود إلى من بقي من أهل الحبس لأن كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق به وكان موته في وجوب

---

(١) في م : الموقف .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) انظر المدونة : ٤/٣٤٧ - ٣٤٨ ، التفريع: ٣/٣٠٩ ، الرسالة : ٢٣٠، الكافي: ٥٣٧ -٥٣٨ .

عود نصيبه إلى من بعده كموت الجميع ، ولأن الحبس لا يورث بالشركة فلو قلنا إن حصة الميت تعود إلى من بقي من غير شرط المحبس لذلك لكان كالميراث ، ووجه قوله فيما لم ينقسم أن حصة الميت لا تعود إلا من معه [1] منهم اعتباراً بما يقسم ، وووجه قوله [2] إنها تعود إلى من كان معه في الحبس أن الضرر يحصل في ذلك لسوء المشاركة بخلاف المتميز والأول أقيس .

وإن كان الحبس مسكناً فإنه على وجهين إن حبس عليهم للغلة فعلى ما ذكرناه من المتميز المنقسم وإن كان للسكنى فعلى الخلاف .

إذا أسكن إنساناً داره إلى مدة معلومة فقد ملك المسكن الإنتفاع بتمليك المدة وليس للمالك الرجوع فيه فإن مات (الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته لأنه مات) [3] عن حق له يصح الإرث في نوعه فورثه وورثته كما لو كان على معاوضة ، وتقييده بالنوع احترازا من الوطء ،وإن دفع صاحب الدار إليه شيئاً على أن يدع السكنى جاز لأن ذلك ليس بمعاوضة وإنما انتقال من هبه إلى هبه ولأن الأصل الإسكان قربة والقربة قد سومح فيها عما غلظ في المعاوضة كجواز الشركة والتولية في بيع الطعام قبل القبض وكذلك القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها من الأجنبي وما أشبه ذلك لحرمة العتاقة وأنه ليس القصد محض المعاوضه وإنما القصد كمال الحرية والرفق بالعبد كذلك ها هنا .

فصـل [١٤ - في إطلاق الحبس] :

وإذا أطلق الحبس ولم يشترط تقديما ولا تبدية فإنه يؤثر في الإسكان والقيمة[4]

---

(١) في ق : بقي .

(٢) ووجه قوله : سقط من م .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م ور : القسمة .

أهل الحاجة لأن أصل الحبس إنما يقصد به القربة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة لأصل الحبس فيجب أن يكون من أشتد حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قل عنه، ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق فإن شرط للحبس تقديما أو تبدية كان ما شرطه .

فصــل [١٥ - فيمن حبس دارا فسكن بيتا أو شيئاً يسيراً منها] :

إذا حبس دارا فسكن بيتا صغيرا أو شيئاً يسيرا منها أو دوراً عدة فسكن داراً منها يسيرة فيما بقي جاز الحبس كله ما يسكن ومالم يسكنه (وإن سكن شيئاً كثيراً بطل الحبس ما سكنه وما لم يسكنه) [١] ، وقال ابن القاسم يجوز ما لم يسكنه ويبطل ما سكنه ولم يفرق في الموضعين بين القليل والكثير وقيل يبطل الجميع [٢] .

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان سكناً يسيراً هو أن ذلك لاتهمة فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته وصرفه عن ورثته بعد موته لأن القدر الذي ينتفع به يسير الخطب كاللبن يشربه من غنم يحبسها أو التمر اليسير يأكله من حائط يحبسه ، ولأن سكناه في الغالب لمراعاته وحفظه والنظر في مصالحه .

ووجه القول بأنه ينفذ مالم يسكن ويبطل ماسكن لأن ما سكن لم يحز عليه فلم ينفذ حبسه عليه ، ومالم يسكنه فقد حيز عليه فزالت التهمة فيه فوجب نفوذ الحبس فيه ،ووجه منع الجميع أن الحبس إذا كان واحدا بطل جميعه ببطلان بعضه لأن حكمه واحد غير متبعض .

فصــل [١٦ - في العمرى] :

العمري [٣] :هبة منافع الدار عمر الرجل مدفوعة إليه وليست بتمليك الرقبة ،

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) انظر التفريع : ٣/٣١١ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي : ٥٣٩ .

(٣) العمري : يقال : أعمرته دارا أو أرضا إذا أعطيته إياها وقلت له هي لك عمري أو عمرك فإذا مت رجعت إلى (غرر المقالة : ٢٣٠) .

وعرفها ابن عرفه بقوله : تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء (حدود ابن عرفة: ٤١٩) .

وصفتها : أن يقول رجل لرجل : أعمرتك هذه الدار أو اسكنتكها حياتك أو عمرك أو مدة بقائك أومنحتكها أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي يفهم منها تمليكه المنافع عمره ، وهذا لم يملكه رقبة الشيء وإنما ملكه المنافع فما دام المعطي حيا فالمنافع له بقي المالك أو مات ، وإن مات المعطي عادت إلى المالك إن كان حيا أو إلي ورثته إن كان ميتا ميراثا كسائر تركاته وعند الشافعي أن المعمر يملك رقبة الدار إذا [1] أعمرها .

وإنما قلنا ذلك لأن المعمر لما شرط للمعطي أن تكون له عمره علمنا أنه أراد تمليك الانتفاع لأن تمليك الرقبة لا يصح إلا على التأبيد دون اشتراط العمر لأنه لو قال ملكته هذه الدار عمرك أو حياتك أو مادمت حيا لم يصح ذلك ولم يملكها فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة وهذا إذا قال اعمرتك ولم يذكر العقب ، فأما إن قال لك ولعقبك فإنها تكون للمعمر حياته فإذا مات كانت لورثته أبدا ما بقي من عقبه إنسان فإذا انقرض عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلي المالك إن كان حيا أو إلى ورثته إن كان قد مات على ما بيناه [2] .

* * *

(١) في ق : إلى .

(٢) انظر الموطأ : ٢/٧٥٦ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي : ٥٤١ - ٥٤٢ .

باب [- في صحة ولزوم عقد الصدقة والهبة من غير قبض]

عقد الصدقة والهبة يصح ويلزم من غير قبض ، لكن القبض شرط في نفوذه وتمامه ،فإن قال تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك ، أووهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثواب فقال قد قبلت منك فقد انعقد وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع فيه ويلزمه إقباضه [1] للموهوب له أو التصدق عليه إذا طالبه ويجبر على ذلك إن امتنع منه ، ولا يبطل العقد بتأخير الاقباض فإن مات [2] المقبوض له أو المتصدق عليه وهو على المطالبة بالاقباض غير متراخ في ذلك ولا راض بتبقيتها في يد الواهب أو المتصدق لم يبطل بموته ولورثته من المطالبه مثل ما كان له وإن تراخى الموهوب أو المتصدق عليه في المطالبة بالاقباض أو أمكنة قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض بطل ولم يكن له شيء [3] ، وقال أبو حنيفة والشافعي [4] لا ينعقد إلا بالقبض ومالم تقبض تكون جائزة غير لازمة [5] .

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [6] ، وقوله ﷺ : « الراجع في

---

(١) في م : اقتضاه .

(٢) فإن مات : سقطت من ق وفي ر : وإن مات الموهوب له .

(٣) انظر المدونة : ٤/٣٤٨ - والتفريع : ٢/٣١١ ، الكافي : ٥٣٢ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ١٣٨ ، الإقناع - للماوردي : ١٢٠ .

(٥) في م : تكون جائزا غير لازم .

(٦) سورة المائدة ، الآية : ١ .

هبته كالراجع في قيئه »[1] ولم يفرق بين الرجوع قبل الاقباض أو بعده ، ولأنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه أصله سائر العقود ، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية .

فصل [١ - في حيازة الأب ما وهبه لولده] :

إذا تصدق على ولده الصغير أو وهب له فحيازته له جائزة إذا كان قد ميز الصدقة أو الهبة وأشهد عليها لأنه هو القابض له إذ الصغير ليس ممن يصح قبضه ولا بد من قابض له[2] ، وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه لتثبت له الصدقة أو الهبة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث ، وهذا إذا كان مما يمكن أن تعينه والإشهاد عليه ، فأما ما لا يمكن ذلك فيه ما لا يتعين كالذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون فلا يصح قبض الأب له لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه لأنه لا يتميز للشاهد وقت إقامة الشهادة لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذي أشهد عليه فإن جعلها على يد أجنبي يكون قابضاً لهم جاز .

قال شيخنا أبو بكر ويجوز أن تكون بيد الأب إذا جعلها في شيء وختم عليها وأشهد عليها لأنها تتميز ويمكن الشهادة عليها فيكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه[3] .

---

(١) بهذا اللفظ أخرجه النسائي في الهبة باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده : ٦/ ٢٢٢ ، وابن ماجه في الهبات باب الرجوع في الهبة : ٢/ ٧٨٧ ، وهو في الصحيحين بلفظ : « العائد في هبته ، كالكلب يعود في قيئه ، وقد سبق تخريج هذا الحديث .

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٣٤٩ ، التفريع : ٢/ ٣١٢ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي : ٥٣٢ .

(٣) في ق : به .

فصل [٢ - في صحة هبة المشاع] :

تصح هبة المشاع كما تصح هبة المقسوم وتجوز من الشريك وغيره فيما تتأتى قيمته وفيما لا تتأتى [١] (خلافاً لأبى حنيفة [٢] في قوله إن المشاع الذي يمكن فيه قسمة لا تصح هبته) [٣] على وجه ، ولأن كل مشاع جاز [٤] بيعه جازت هبته كالمقسوم ، ولأن كل عقد صح في المشاع الذي لا ينقسم (صح في الذي ينقسم)[٥] كالبيع .

فصل [٣- إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع] :

إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه ففيه روايتان :[٦] إحداهما جواز الصدقة والأخرى بطلانها والهبة مثل الصدقة فوجه الجواز أن العين الموهوب بعضهما مما يتعلق ويمكن الإشهاد عليها فالمشاع منها في حكم المقسوم ، ووجه المنع أن نفس الموهوب غير متميز ولا معين فأشبه المنفرد الذي لا يتعين والأول أصح .

فصل [٤- في أقسام الهبة] :

الهبة [٧] على ضربين : ضرب منها يقصد بها الثواب والآخر لا يقصد بها الثواب بل يكون على وجه المودة والمحبة وصلة الرحم ، فأما الضرب الأول

---

(١) انظر التفريع : ٢/ ٣١٢ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : ١٣٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٧٢ .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : كل ما جاز .

(٥) بين قوسين سقط من ق .

(٦) انظر التفريع : ٣١٢/٢ ، الرسالة : ٢٢٩ ، الكافي : ٥٣٤ .

(٧) الهبة : قال ابن عرفه : الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض (حدود ابن عرفة : ٤٢١) .

الذي يقصد به المكافأة والعوض فحكمه حكم المعاوضات ويراعى فيه ما يراعى في البيع ولا يفارقه إلا في وجه واحد وهو السكوت عن البدل فيه وعن مقداره فأما ما عدى ذلك من أحكامه فإنه يجري مجرى سائر المعاوضات (١) .

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه لأنها تفعل على وجه المودة ، وإيثار المكارمة والمواصلة وإن كان المقصود به المكافآت ففعلها على هذا الوجه له تأثير في التودد والتحبب فكانت في معنى نكاح التفويض في المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره ، وروي أن النبي ﷺ أثاب على اللقحة (٢) وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر (٣) عليه بل أنكر سخطة الثواب وكان زائدا على القيمة (٤) ، فأما الضرب الآخر الذي لا يقصد به الثواب فلا يستحق عليه ثواب ولا مكافآت لأن الواهب لم يرد ذلك وإنما أراد التمليك بغير عوض.

فصـل [٥ - الاختلاف في غرض الهبة] :

فإن اختلفا فادعى الواهب أنه وهب للثواب وقال الموهوب له بل لغيره الثواب فالمرجع في ذلك إلى أحد أمرين : إما إلى شرط إن كان بينهما فإن اعترف به الموهوب له لزمه وإن أنكره فالقول قول الواهب إذا أشكل وتحاكما فيه إن كان يشبه ، وإن كان لا يشبه ، فالقول قول مدعي الأشبه منهما (٥) .

والقسم الآخر الذي يرجع فيه إليه وهو العرف فينتظر : فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يريد الثواب وأن مثله إنما يهب مثل ذلك الموهوب

---

(١) انظر المدونة : ٣١٨/٤ ، ٣٢٧ ، التفريع : ٣١٢/٢ ، الرسالة : ٢٢٨ ، الكافي : ٥٢٨ .

(٢) اللقحة : بالكسر - الناقه ذات اللبن ، وجمعها لقح (المصباح المنير ٥٥٦) .

(٣) في ق : فلم يطلب .

(٤) أخرجه الترمذي في المناقب باب مناقب بني ثقيف وبني حنيفة : ٦٨٦/٥ و أحمد: ٢٦٥/١ ، وابن حبان والحاكم : ٦٢/٢ ، وقال على شرط مسلم .

(٥) منهما : سقط من م .

لعوض [١] يناله منه أو مكافئة [٢] فالقول قوله وذلك مثل هبة الفقير للسلطان والغني [٣] وما أشبه ذلك فالعادة في هذا أنه يريد منه المكافآت ، وأما هبة الغني للفقير والسلطان لأتباعه والرجل يهدي إلى العالم والصالح فالعرف في مثل هذا أنه للمودة لا للثواب .

وأما النظر أو الأمثال فعلى حسب ما يعلم من دلائل الحال وعلى قدر الهبه [٤] هل يقصد به الثواب أم هي مما يقبح في العرف طلب الثواب في مثلها ، وعنه في هبة أحد الزوجين للآخر روايتان : إحداهما أنها تقتضي الثواب لتميز الملكين وإن المعاوضة مطلوبة بينهما ، والأخرى أنها لا تقتضي الثواب لأن العرف جار بأن كل واحد يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة ويحب التودد إليه وإحراز الحظوة عنده [٥] .

فصـل [٦ - في خيار الموهوب له هبة للثواب] :

إذا ثبت ما ذكرناه فمن وهب له شيء للثواب فهو بالخيار إذا قبل الهبة إن شاء أثاب فيها فما زاد وإن شاء ردها ،فإن أثاب قيمتها أو زيادة عليها لزم واهبها قبول ذلك ولا مقال له وإن قال : لا أرضى بقيمتها ، وإن أثاب دون القيمة فالواهب بالخيار إن شاء قبل الثواب وإن شاء رده وارتجع هبته ، فإن فاتت عند الموهوب منه لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل والموت أو العتق أو نقص في البدن ، وقد اختلف عنه في زيادة الجسم أو السوق ، فعنه فيه

(١) في م : بغرض .

(٢) في ق : مكافآت .

(٣) في م : الأغنياء .

(٤) في ق : الهديه .

(٥) انظر المدونة : ٤/ ٣٢٤ ، التفريع: ٢/ ٣١٤ ، الرسالة: ٢٢٩ ، الكافي : ٥٣٢ .

روايتان [١] : إحداهما أنه فوت والأخرى أنه ليس بفوت ، ولا تفتقر هبة الثواب إلى حيازة .

فصـل [٧- في دليل أن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد] :

وإنما قلنا إن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد لأنها معاوضة فلا يلزمه إلا باختياره إذا لم يتعلق بها حق الغير كسائر المعاوضات ، وإنما قلنا أنه إذا قبلها لزمه الثواب فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظا أو عرفا فلزمه ما دخل عليه كالبيع ، وإنما قلنا إن الثواب ما يتراضيان به اعتباراً بنكاح التفويض لأنه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسومح [٢] فيه بترك تسمية العوض فكذلك الهبة إذا سكتا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما ، وإنما قلنا أنهما إذا لم يتراضيا فالموهوب مخير إن شاء أثاب عنها القيمة وإن شاء ردها ، وأنه إذا أثاب القيمة لزم الواهب قبولها ، اعتباراً بنكاح التفويض (في تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض ببذل صداق مثل الذي هو قيمة البضع أو الطلاق وكذلك في الهبة ، وإنما قلنا أنه لا يلزمه إرضاؤه بما يزيد على القيمة اعتباراً بالتفويض على ما بيناه) [٣] .

وإنما قلنا إنه لا يراعى عرف في مكافآت مثل تلك الهبة خلافاً للشافعي في بعض أقواله [٤] ، لأنه لا مدخل للعرف في المكافآت إذ ليس فيها حد يرجع إليه لأن الملك العظيم قد يثيب علي هدية تساوي مائة ألف وقد يثيب عشرة آلاف ، وما بينهما وقد كان يخلو الموهوب في نفسه فيزيد في المكافآت عليه وكذلك غيره

---

(١) انظر المدونة : ٤/ ٣٤٠ ، التفريع : ٢/ ٣١٤ ، الرسالة : ٢٢٩، الكافي : ٥٣٢.

(٢) في م : فسوغ .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) انظر الإقناع : ١٢٠، المهذب : ١/ ٤٥٥ .

ممن يكافيء تختلف مكافآته بحسب حلاوة الموهوب في نفسه ومحبته بنفع مهديه[1] إليه فبطل اعتبار العرف في ذلك .

وإنما قلنا لا يكفي أقل مما يقع عليه الاسم خلافاً للشافعي أيضاً ، لأن العرف أن المهدي [2] إذا دخل على زيادة على القيمة أو على مقدارها أو يرتجى المواصلة والمكارمة فإن ثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة [3] دراهم فإنه خلاف العرف الذي عليه دخل فلا يلزمه ، وإنما قلنا إنه إذا فاتت لزمته قيمتها لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك فواتها وتأثير الفوت منع ردها فقط ، وإنما كان العتق فوتاً لأنه لا يمكن ردها معه ولا فسخه والحمل ينقص قيمتها والموت عدمها .

ووجه قوله في زيادة البدن والسوق أنه فوت واعتباره لتغير النقصان ووجه قوله أنها ليست بفوت أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما ، وإنما قلنا : إنها لا تفتقر إلى حيازة لأنها معاوضة كالبيع ، ولأن التهمة لا مدخل فيها كدخولها في هبة غير الثواب .

فصل [٨- في الهبة التي لا يقصد بها ثواب] :

فأما الهبة التي لا يقصد بها ثواب ولا مكافآت فعلي ضربين :

ضرب يراد به المودة والمحبة ، وضرب يراد به وجه الله تعالى من صلة الرحم وذلك كهبة الغني للفقير واليتيم فهذا الضرب صدقة فحكمه حكم الصدقة فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا من أب ولا من غيره [4] ، وإنما قلنا ذلك لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القربة إلى الله تعالى وابتغاء وجهه لا لغرض دنيا

---

(١) في م : عهدته .

(٢) في ق : الموهوب .

(٣) بعشره : سقطت من ق .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٣٤٠ ، التفريع : ٢/٣١٣ ، الرسالة : ٢٢٨ ، الكافي : ٥٣٢.

فلم يجز له الرجوع فيه ، وعلى ذلك دل قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه لما سأله عن الفرس الذي حمل عليه في سبيل ثم رآه يباع « لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك »(١) ، وقوله ﷺ « إنما الصدقة ليومها »(٢) يريد يوم القيامة ، ومن هذا هبة الغني للفقير والهبة لصلة الرحم وما كان بمثابة ذلك .

وإذا ثبت منع الرجوع فكذلك الانتفاع به لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذي في سبيل الله أو ما أشبه ذلك مما يقل خطره .

فأما الضرب الآخر وهو الهبة للمودة والمحبة فليس لأحد فيها رجعة إلا للوالدين فيما وهباه لولدهما فلهما اعتصاره ما لم يداين أو يتزوج أو يطأها إن كانت جارية أو يكاتبه إن كان عبداً أو ينفقه إذا كان مالا أو يختلط بمثله إذا كان دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن أو يبعه فلا يكون للوالد سبيل إلى الارتجاع، وإذا كان الولد أيتاماً فلاعصرة للأم فيما وهبته ، وليس لأحد رجوع في هبته إلا للوالدين لامن قريب ولا من أجنبي لا جد ولا غيره من الأقارب(٣) .

فصـــل [٩ - في منع الواهب من الرجوع في هبته] :

وإنما قلنا إنه ليس للواهب سوى الوالدين الرجوع في هبته خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن لهم ذلك(٤) ، لقوله ﷺ « لا يحل للرجل أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته : ٢/١٤٢ ، ومسلم في الهبات باب كراهية شراء الإنسان ما تصدق به : ٣/١٢٣٩ .

(٢) لم أعثر عليه . . . .

(٣) انظر المدونة : ٤/٣٣٧ ، التفريع : ٣/٣١٣ ، الرسالة : ٢٢٨ .

(٤) أنظر مختصر الطحاوي : ١٣٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/١٧٥ .

كمثل الكلب أكل حتى[1] شبع قاء ثم عاد في قيئه »[2] ، ولأنه لا يلي على ماله إلا بتولية ، ويحد في وطئه أمته فلا رجوع له في هبته أصله الابن إذا وهب للأب .

فصـل [١٠ - جواز رجوع الأب فيما وهب لابنه] :

وإنما قلنا إن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه خلافاً لأبي حنيفة في منعه الرجوع[3] ،للحديث الذي رويناه ، و لحديث النعمان بن بشير أن أباه نحله نحلا وجاء إلى النبي ﷺ يشهده فقال : إني نحلت ابني هذا فقال : « أكل ولدك نحلته » قال : لا ، قال : « فارجعه »[4] ، فدل ذلك على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه ، ولأنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الواهب في الشرع إضافة الملك فكان له الرجوع فيها بوجه ، أصله هبة السيد لعبده ، ولأن الأب يختص مع الولد بما لا يوجد في غيره ، وله شبهة في ماله ففارق الأجنبي .

وإنما قلنا إن للأم أن تعتصر[5] لمشاركتها في قرب الولادة ومباشرتها وإنما منعنا ذلك إذا كان الولد أيتاما لأن الهبة للأيتام يراد بها وجه الله عز وجل كالصدقة ، وإنما منعنا الاعتصار بعد التصرف لتعلق حقوق الغير بها ، أما إذا داين الولد فإن الغرماء داينوه على المال الذي معه ، فلو أجزنا للأب أخذه لكان

---

(١) في ق : إذا .

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع باب الرجوع في الهبة : ٢/٨٠٩ ، وابن ماجه في الأحكام باب من أعطى ولده ثم رجع فيه : ٢/ ٧٩٥ ، والنسائي في الهبة باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده : ٦/٢٢٢ ، والترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة: ٤/ ٣٨٤ وقال حديث حسن صحيح ، وأحمد : ٣/ ٢٧ والحاكم : ٢/ ٤٦ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ١٣٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٢/ ١٧٥.

(٤) أخرجه البخاري في الهبة باب الهبة للولد : ٢/ ١٣٣ ، ومسلم في الهبات باب كراهية تفضيل بعض الأولاد : ٣/١٢٤١ .

(٥) الاعتصار : هو الرجوع في الهبة وأخذها قهراً (الفواكه الدواني : ٢/ ١٧٠) .

غروراً لهم ، وكذلك إذا تزوجت الابنة لأن للزوج حق في تبقية مالها بيدها لقوله ﷺ : « تنكح المرأة لدينها ومالها » (١) ،وللاتفاق على أنه لا رجوع له في البيع والعتق وكذلك سائر التصرف ، فأما اختلاطه بما لا يتميز فجار مجرى إتلافه (٢) فبطل الرجوع فيه .

فصـل[١١ - في كراهة ارتجاع الصدقة بعوض أو هبة] :

يكره أن يبتاع الرجل صدقته ويرتجعها بعوض أو هبة لأنه ضرب من العود فيها(٣) ، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحيي منه فيسامحه في ثمنها أو يحط عنه ما لا يحط لغيره فيكون رجوعا في ذلك القدر ، وفي حديث عمر أنه وجد فرساً حمل عليه في سبيل الله (٤) يباع فأراد أن يشتريه فنهاه رسول الله ﷺ وقال : « لا تبتعه لو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك » (٥) ، فأما إن مات المتصدق عليه فورثها المتصدق منه فلا بأس لأن ذلك ليس برجوع فيها ولا يتهم بأنه احتال فيه لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعه ، وفي الحديث أن أمرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الأبنة فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال : «أجرت في صدقتك ورد عليك الميراث وليدتك » (٦) ، وإذا ثبت أنه لا يجوز الرجوع في الصدقه فالانتفاع بها ممنوع أيضاً على ما قدمناه (٧) .

فصـل[١٢ - في التسوية بين الأولاد في الهبة] :

ويستحب للإنسان أن يساوي بين ولده في الهبة ، وأن لا يخص بعضهم بشيء

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) اتلافه سقطت من م .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٣١٤ ، الرسالة : ٢٢٩ ، الكافي : ٥٣٣ .

(٤) في م : في السبيل .

(٥) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٧٦٠ .

(٧) في م : على بيناه .

يفرده عن الآخر إلا ويكون مثله لغيره ، فإن أعطي بعضهم شيئاً من ماله جاز وإن أعطاه كل ماله كره ذلك ولم يبطل [1] .

وإنما استحببنا في الجملة أن يسوي بينهم في العطية لقوله ﷺ في حديث النعمان بن بشير لما نحله أبوه شيئاً وأراد الشهادة عليه فقال ﷺ « أكل ولدك نحلته مثل ما نحلت هذا » قال لا ، قال « فارجعه » ، وفي الحديث « أتحب أن يكونوا لك في البر سواء » [2] ولأن ذلك يؤدى إلى العقوق وترك البر ويورث الحسد والضغن فوجب كراهيته لذلك ، وهذا إذا وهب كل ماله فإذا وهب البعض منه أو الشيء اليسير [3] بعينه فذلك جائز لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وهب لعائشة رضي الله عنها من ماله [4] ، والفرق بين البعض والكل أن في البعض لا تتولد العداوة والبغضاء لأنه قد بقي ما يصير للولد الباقين إذا كان الموهوب يسيراً ، لا يكون جل ماله ولا قطعة مؤثرة فيه فيجري حينئذ مجرى هبة الكل .

وإنما قلنا إن وهب جميعه نفذ وإن كان مكروها خلافاً لأحمد بن حنبل وغيره في منعه نفوذه [5] ، لحديث أبي بكر رضي الله عنه واعتباراً بالأجانب .

فصل [١٣ – جواز التصدق بكل ماله في صحته] :

يجوز أن يتصدق بماله كله في صحته وأن يهبه للظواهر والأخبار والترغيب في الصدقة، ولأن جماعة من الصحابة قد انخلعوا [6] من أموالهم [7] ، وهذا إذا

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٧٥١ ، التفريع : ٢/ ٤١٥ ، الرسالة : ٢٣٠ ، الكافي : ٥٣٠ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٣) اليسير : سقطت من ق .

(٤) سبق تخريج الأثر .

(٥) انظر مختصر الخرقي : ٧٩ ، المغني : ٥/ ٦٦٤ .

(٦) في م : انخلوا .

(٧) كما تصدق أبو بكر الصديق بجميع ماله .

كان المتصدق له مال يرجع إليه من صناعة أو حرفة فيخلف منها ما لا يرده على نفسه ، فأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته أو يقوت عياله إن كان ذا عيال فلا ينبغي له أن يمنع نفسه وعياله ، وقد منع ﷺ سعدا أن يوصي بماله كله [1] إبقاء على ورثته ، فإبقاء الإنسان على نفسه أولى ، وقال تعالى ﴿ لا تنسى نصيبك من الدنيا ﴾ [2] .

فصـــل [١٤ - في جواز إخدام عبده لرجل حياته] :

من أخدم رجلا حياته عبده جاز ذلك ، وقد اختلف عنه في نفقته على من تكون فعنه فيه روايتان [3] : إحداهما أنها على مالك رقبته ، والأخرى أنها على من جعلت له خدمته ،فوجه الأولى من أن النفقة على المالك بالرق وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته كما لو أجره ، ووجه الثانية أنه يملك منافعه دون سيده فكانت النفقة عليه كالزوجة لما ملك الاستمتاع بها ملك منافعها ولا يلزم عليه الإجارة لأن العوض عنها قد أخذ منه والله أعلم .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز باب رثي ﷺ سعد : ٢/ ٨٢ ، ومسلم في الوصية باب الوصية بالثلث : ٣/ ١٢٥٠ .

(٢) سورة القصص الآية : ٧٧ .

(٣) انظر المدونة : ٣ ٤/ ٣٠٤ .

كتاب الوصية [1]

الأصل في ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها قوله تعالى في آية المواريث ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [2] ، وقوله : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف﴾[3] ، وقوله ﷺ : « ما حق امرىء له مال يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده»[4] ، إذا ثبت ذلك فهي مندوب إليها [5] للخبر الذي رويناه ، ولأن فيها تحرزا وإحتياطا لأن الإنسان لا يدري متى يأتيه أمر الله عز و جل ، وقد يكون عليه حقوق يحتاج إلى التخلص منها فيجب أن يكون على استظهار من ذلك .

فصل [١ - الوصية بالثلث] :

موضع الوصية الثلث، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بإذن الورثة [6] ، وإنما قلنا إن له أن يوصي بالثلث لحديث سعد قال جاءني ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت : يا رسول الله بلغ مني الوجع ما ترى ، وأنا رجل ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي فقال « لا »، قلت فشطره ، قال « لا » فقلت

---

(١) الوصية : في اللغة : وصيت الشي وصلته (معجم مقاييس اللغة : ٦/١١٦) ، وفي الاصطلاح : عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع : ٥٢٨) .

(٢)سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٣) سورة البقرة، الآية : ١٨٠ .

(٤) أخرجه البخاري في الوصايا باب الوصايا وقوله ﷺ « وصية الرجل مكتوبة ....» ٣/ ١٨٥ ، ومسلم في الوصية : ٣/١٢٤٩ .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٧٦١ ، المدونة : ٤/ ٣٠١ ، التفريع : ٣/ ٣٢١، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥٤٣ ، المقدمات : ٣/ ١١١ .

(٦) انظر المراجع التي سبق ذكرها .

فالثلث [1] قال : « الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس [2] ، وقوله ﷺ « إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم » [3] .

وإنما قلنا الزيادة جائزة عليه إذا أذن الورثة لأن المنع من ذلك لأجلهم لأن ما زاد عليه حق لهم فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم فجاز، وإن أجازه بعضهم وأباه بعض جاز في حق من أجازه ولم يجز في حق من منع لأن من أجازه فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك .

فصـل [٢ - من لا وارث له يوصي بجميع ماله ؟] :

ومن لا وارث له فليس له الوصية بجميع ماله ، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فقط [4] ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن له أن يوصي بكل ماله [5] ، لقوله ﷺ : « إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم » [6] وظاهره يمنع زيادة عليه ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له أن يوصي في حقهم بأكثر من ثلثه كالموالي ،واعتبارا بالورثه المياسير .

فصـل [٣ - في عدم جواز الوصية لوارث إلا بإذن الورثة] :

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقي الورثه [7] ، والأصل

---

(١) رجل : سقطت من م .

(٢) أخرجه البخاري في الوصايا : ٣/ ١٨١ ، ومسلم في الوصيه : ٣/ ١٢٥٣ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في الوصايا باب الوصية بالثلث: ٢/ ٩٠٤ ، وفي سنده طلحه بن عمرو المكي ضعيف (انظر نصب الراية : ٤/ ٤٠٠) .

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٢١٣ ، ٣٢٤ .

(٥) انظر شرح فتح القدير : ٨/ ٤٣٠ -- ٤٤٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤١٨ - ٤٢٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) انظر المدونة : ٤/ ٣٠٦ ، التفريع : ٢/ ٣٢٤ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥٤٤ .

في منعها قوله ﷺ : « إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » [1] ، (ولأن ذلك تعدي ما حد الله تعالى ورسمه لأنه تعالى جعل لكل وارث) [2] قدراً معلوماً من التركة ، وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كان كأنه يعطيه من حق غيره ، فإذا لم يجيزوا رجعت ميراثا لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم ، وليس لها جهة تصرف من قبل وصية فلم يبق إلا أن يرجع ميراثاً كالذي لم يوصي به .

فصـل [٤ - في القول بأنها تجوز بإجازة الورثة] :

إنما قلنا أنها تجوز بإجازة الورثة ، خلافاً لمن منع ذلك [3] ، لأن المنع لحقوقهم فإذا أجازوه فقد تركوا حقوقهم فيجب جوازه ، ولأنها جهة للوصية يمنع منها لحق الورثة فجاز بإجازتهم أصلة الزيادة على الثلث .

فصـل [٥ - في حكم الوصية] :

الوصية غير واجبة لقريب ولا لأجنبي [4] ، خلافاً لمن حكي عن وجوبها [5] لمن لا يرث [6] من الأقربين والذين [7] إذا لم يكونوا وارثين ، لأن كل من لم

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب في تضمين العارية : ٣/ ٨٢٤ ، وابن ماجه في الوصايا باب لا وصية لوارث : ٢/ ٩٠٥ ، والترمذي في الوصايا ما جاء لاوصية لوارث : ٤/ ٣٧٧ ، وقال حديث حسن .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) منع ذلك أهل الظاهر ، وفي ظاهر قول أحمد وهو قول الشافعي والمزني (انظر المحلي : ١٠/ ٤٢٥ ، مختصر الخرقي : ٨٠ ، مختصر المزني: ١٤٣ ، المغني : ٦/ ٦).

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٣٢٢ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥٥١ .

(٥) روي عن الزهري وأبي مجلز وقال أبو بكر بن عبد العزيز هي واجبة للأقربين غير الورثة ، وهو قول داود ومسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير (انظر المغني : ٦/ ٢) .

(٦) في ق : تورث .

(٧) في م : الوالدين .

تلزم عطيته في الحياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة كالأجانب ، ولأنها هبة وعطية فلم تلزم اعتبارا بحال الحياة .

فصـل [٦ - في استئذان الورثة في الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث] :

إذا استأذن الورثة في الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث فأذنوا له فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يجيزوا في الصحة ، أو في المرض الذي يحجر عليه فيه أو أن يجيزوا بعد الموت فإن أجازو في الصحة فلا يلزمهم ذلك ، ولهم الرجوع فيه لأنه لا حق لهم في الحجر عليه حال الصحة فأشبه إذن الأجنبي ، لأنه لا يلزمه [(١)] إذا صار وارثا من بعد الموت [(٢)] ، وإن أجازوا بعد الموت فذلك لازم من غير خلاف لأن الإرث قد وجب لهم ، فإذا تركوه بعد وجوبه جاز كما لو وهبوه ابتداء .

وإن أجازوه حال المرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيه[(٣)]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [(٤)] ، لأنها حال يملكون عليه الحجر فيها فإذا أذنوا فيما لهم منه لزمهم ، كالسيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته ، ولأنها حال تعتبر عطاياه فيها من الثلث كما بعد الموت ، وإذا استأذنهم عند سفر فأذنوا له ففيها روايتان : إحداهما أنه لا يلزم اعتباراً بالصحة ، ولأن تصرفه في هذه الحال من رأس المال ، والأخرى أنه يلزم اعتباراً بالمرض المخوف لأنها حال خوف وخطر ، وهذا في السفر البعيد الذي يخاف من مثله .

---

(١) في م : لأنه يلزمه .

(٢) الموت : سقطت من ق .

(٣) انظر المدونة : ٤/٣٠١ ، التفريع : ٢/٣٢١-٣٢٢ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي: ٥٤٤ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٨-١٥٩ ، الإقناع : ١٣٠ ، المهذب : ١/٤٥٧ .

فصـل [٧ - في الإذن المحكوم به] :

الإذن المحكوم به إذا كان طوعا لاخوفا من إضرار بهم مثل أن يكون الوارث في عيال الموصي ونفقته ، إن لم يأذن به قطع به ، أو يكون له عليه دين يلزمه أو يكون سلطاناً يرهبه أو ما أشبه ذلك فمتى كان الإذن علي بعض هذه الوجوه لم يلزم وكان له الرجوع .

فصـل [٨ - هبات المريض وعطاياه] :

هبات [١] المريض وعطاياه مراعاة فإن صح لزمته من رأس ماله وإن مات كانت من الثلث إلا أنها حال المرض موقوفه لا تنفذ [٢] ، وقال داود هي جائزة من رأس المال الصحيح [٣] ، ودليلنا قوله ﷺ : « إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند الموت زيادة في أعمالكم » [٤] ، فأخبر ﷺ أنه ليس لهم إلا الثلث ولا زيادة عليه ، وروي أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه لا يملك غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فتغيظ عليه غيظا شديدا ثم دعى بهم فأسهم بينهم فأعتق ثلثهم وأرق ثلثيهم » [٥] ، ولأن حصول سبب الموت بمنزلة حضور الموت نفسه بدليل منع الهبة للوارث ، فإن نازعوا في ذلك دللنا عليه بإجماع الصحابة في قصة أبي بكر رضي الله عنه لما قال لعائشة رضي الله عنها إني كنت نحلتك جذاد عشرين وسق ولو كنت حزتيه لكان لك وإنما هي اليوم مال الوارث » [٦] فبين تعلق حقوق الورثة به ، وإن ذلك هو المانع من تسليمه إليها ولم يخالف عليه أحد ، و لأنه إيجاب عطية في المرض كالوصية .

---

(١) في ق : هبة .

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٢٨٢ ، ٣٢٦ ، التفريع : ٢/٣٣١ ، الكافي : ٥٤٥ .

(٣) انظر المحلي ١٠/ ، المغني : ٦/ ٧١ .

(٤) سبق تخريج الحديث ١٦٢٠ .

(٥) أخرجه مسلم في الأيمان باب من أعتق شركا له في عبد : ٣/١٢٨٨ .

(٦) سبق تخريج هذا الأثر .

فصل [٩ - إذا أوصى بزيادة على الثلث ولم يجز الورثة] :

إذا أوصى بزيادة على الثلث ولم يجز الورثة قسم الموصى لهم الثلث على حسب مبلغ [(١)] الوصايا من جملة المال ، مثاله : أن يوصي بالنصف والثلث ولا يجيز الورثة فينظر أقل ماله نصف وثلث وهي ستة مبلغ الوصية منها خمسة أسهم فيقسم الثلث بينهم على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان، وكذلك بالثلث والربع يكون على سبعة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب [(٢)] ، وقال أبو حنيفة يتساوى الموصى لهم في الثلث [(٣)] .

ودليلنا أنهما وصيتان لو كانتا مطلقتين مرسلتين قسمتا على التفصيل فإذا كانتا مقيدتين قسمتا [(٤)] كذلك ، أصله لو أوصى بالسدس والثمن ، وبيان ذلك أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدرها النصف ولعمر بخمس مائة وقدرها الربع لاقتسمنا الثلث إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا ، وهذا وفاق معهم فكذلك إذا قيد بنسبة ، ولأنهما وصايا تتفاضل (قصرت عن الثلث فوجب) [(٥)] بحسبها أن تتفاضل في قسمة الثلث عليها إذا زادت عليه كالمرسلة .

فصل [١٠ - في شراء ابنه بقدر ثلثه] :

له أن يشترى ابنه بما يكون قدر ثلثه لأن له التصرف في الثلث ويرثه لأنه يعتق عليه وهو حر ، وقال محمد بن مسلمه يجوز له أن يشتريه بكل ماله اعتباراً باستلحاقه ، وقال شيخنا أبو بكر في توريث ابنه نظر لأنه إخراج لورثته عن الميراث بعد ثبوت البينة لهم [(٦)] .

---

(١) في م : ومبالغ .

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٣١٧ ، التفريع : ٢/ ٣٢٤ ، ٣٢٧ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٨ ومختصر القدوري – مع شرح الميداني :٤/ ١٧٤ .

(٤) قسمتا : سقطت من ق .

(٥) ما بين قوسين : سقطت من ق .

(٦) انظر المدونة : ٤/ ٢٨٢ ، التفريع : ٢/ ٣٢٩ ، الكافي : ٥٤٤ .

فصل [١١ - إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد] :

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له كل المال ، وكذلك لو كان ابنان فوصى للرجل (١) بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، على هذا الحساب ينظركم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به (٢) ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجعل الموصى له كأنه ابن آخر فيأخذ مع الأبن الواحد النصف ومع الاثنين الثلث (٣) .

ودليلنا أنه إذا قال : أوصيت لك بمثل نصيب ابني فقد أحال بمعرفة القدر الموصي به على معرفة نصيب من أحال عليه فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلوما مقدراً قبل الوصية ليصبح العمل بقدرها منه ، ومتى علقنا معرفة المحال عليه علي مقدار الوصية فذلك تناقض واستحال لأن الوصية معلقة عليه ويصير هو معلقاً على الوصية فيكون ذلك جعل الشيء شرطا لما هو شرط له (٤) فلا يصح، وإذا ثبت ذلك صح ما قلناه .

فصل [١٢ - إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته] :

إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم ثم أعطي جزءا منها (٥) ، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث ، مثاله : أن يترك ستة ذكورا وإناثا ، أو إناث وذكوراً (٦) من نوع واحد كالبنين والبنات ،

---

(١) في م : لرجل .

(٢) انظر المدونة : ٣١٤/٤ ، التفريع : ٣٢٧/٢ ، الكافي : ٥٤٦ - ٥٤٧ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٧ - مختصر المزني : ١٤٣ .

(٤) هو شرط : سقطت من م .

(٥) في م : جزءا واحدا .

(٦) أو إناثا وذكوراً : سقطت من ق .

أو الزوجات والجدات أو الأخوة والأخوات وغير ذلك فيعطي السدس ، وإنما قلنا ذلك لأن الانصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل ، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس [(١)] .

فصـل [١٣ - إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه] :

إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب فذلك كله [(٢)] سواء ، فاختلف أصحابنا في مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه لا يزاد على الثلث فمنهم (من قال يعطي الثمن) [(٣)] ومنهم من قال يعطي [(٤)] السدس، ومنهم من قال ينتظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة بالضرب إن احتيج إليه فيعطي سهما منه قلت السهام أم كثرت ، وقال أبو حنيفة [(٥)] : يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد إلى السدس فيكون له السدس [(٦)] ، وقال الشافعي يدفع إليه الورثة ما شاءوا من غير مقدار مؤقت [(٧)] .

فدليلنا أولا على وجوب التقدير خلافاً للشافعي ، أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير لأنه يقال هذا المال بينهم على كذا وكذا جزءا أوسهما أو نصيبا، فإذا ثبت ذلك فكأنه أوصى له بقدر وأجمل التقدير فيجب أن يطلب ما هو أولى

---

(١) انظر التفريع : ٣٢٨/٢ ، الكافي : ٥٥٣ .

(٢) فذلك كله : سقطت من ق .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : بعض .

(٥) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: ١٧٦/٤.

(٦) فيكون له السدس : سقطت من ق .

(٧) انظر مختصر المزني : ١٤٣ ، الإقناع : ١٣٠ .

بأن يكون أراده ومتى وكلناه إلى مشيئة الورثة زال التقدير وصار كأنه قال أوصيت بشيء فإذا ثبت التقدير :

فوجه القول بأنه يعطي الثمن أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل لأنه متحقق [١] ، وما زاد عليه مشكوك فيه لإمكان أن يكون (أراده وإمكان أن يكون) [٢] أراد ما دونه فلم يجز أن يدفع إليه بالشك ، ووجه القول بأنه يعطي السدس والجزء الذي ينقسم عليه الفريضة ما لم يزد على الثلث أن أصل حساب الفرائض السدس ، وإنما ينشأ ما زاد عليه منه لأنه أقل السهام في الأصول بخلاف [٣] الثمن لأنه ليس بأصل وإنما هو سهم يستحق بحجب عن أصل الفرض .

ووجه القول أنه يعطى سهما مما انقسمت عليه الفريضة بالغا ما بلغ أنه لما قال: له سهم من مالي أو جزء كان ذلك راجعاً إلى أجزاء ماله وسهامه فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض .

فصل [١٤ - في التسوية بين الوصية في الصحة والمرض] :

الوصية في الصحة والمرض سواء لأنهما تنفذ بعد الموت وليست بلازمة ، والرجوع له فيما شاء منها إلا التدبير لأنه إيجاب في الحياة ، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث ، وكذلك العتق المبتل[٤] في المرض [٥] .

---

(١) في ق : يتحقق .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) في ق : يختلف .

(٤) المبتل : أبي المقطوع والبائن (المصباح المنير : ٣٥) .

(٥) انظر : التفريع : ٢/ ٣٣١ ، الرسالة ص ٢٢٣ ، الكافي ص ٥٤٧ .

فصـل [١٥ - في جواز وصية السفيه والمجنون حال إفاقته] :

وتجوز وصية السفيه المحجور عليه لتبذير ماله ووصية المجنون حال إفاقته [١] لأنه إنما منع السفيه من إخراج ماله على غير عوض خوف الفقر عليه ، والوصية تنفذ بعد موته والفقر مأمون عليه في تلك الحال فلا يبقى مانع منها ، وأما المجنون حال إفاقته فكالعاقل الذي لا جنون له فصحت وصيته ؛ وتصح وصية الصبي الذي يعقل [٢] وجوه القرب وإن لم يبلغ خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي [٣] ، ولأن ذلك مروي عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم رضوان الله عليهم [٤] ، ولا مخالف لهم ، ولأنه عاقل عارف بوجوه القرب كالبالغ ، ولأن الفقر مأمون عليه بعد الموت .

فصـل [١٦ - في صحة الوصية إلى المرأة وإلى العبد] :

تصح الوصية إلى المرأة وإلى العبد كان العبد له أو لغيره [٥] خلافا للشافعي في العبد [٦] ، ولأنه مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذها فأشبه الحر الذكر .

فصـل [١٧ - في منع الوصية إلى فاسق] :

لا تجوز الوصية إلى فاسق لا يؤمن عليها ، ولا تقر في يده [٧] لأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى لهم ، فإذا لم يكن مأموناً لم يؤمن منه إتلافها فلم

---

(١) أنظر الموطأ : ٤/ ٧٦٢ ، التفريع : ٢/ ٣٢٥ ، الكافين : ٥٤٥ .

(٢) في م : يعرف .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ١٦١ ، الإقناع : ١٢٩ .

(٤) انظر الموطأ : ٢/ ٧٦٢ ، سنن البيهقي : ١٠/ ١٣٧ ، عبد الرزاق : ٩/ ٧٨ .

(٥) انظر المدونة : ٤/ ٢٨٧ ، التفريع : ٢/ ٣٢٦ ، الكافي : ٥٤٨ .

(٦) انظر : الأم : ٤/ ١٢٠ ، مختصر المزني ص ١٤٦ .

(٧) انظر المدونة : ٤/ ٢٨٥ ، التفريع : ٢/ ٣٢٦ ، الكافي ص ٥٤٨ .

يجز ولايته ، ولا يراعى في ذلك اختيار الميت له لأنه ليس له أن يختار على غيره من لا يؤمن إتلافه وإضاعته .

فصل [١٨ - عدم جواز ترك الوصية بعد قبولها] :

إذا قبل الموصى إليه ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها (١) ، خلافاً للشافعي في إجازته تركها(٢) ، لأنها قربة وفعل خير ألزمه نفسه لم يكن له الخروج منه بغير عذر اعتباراً بالصوم والحج .

فصل [١٩ - فيما إذا أوصى إلى رجلين] :

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يكون نص على االاجتماع فيقول لا ينفرد (٣) أحدهما عن صاحبه (٤) في النظر فيكون على ما قلناه (٥) ، أو أن ينص على الجواز فيقول : أوصيت إليكما وإلى كل واحد منكما فلا خلاف في هذا أيضاً أنه يجوز أن ينظر إلى كل واحد منهما منفرداً عن الآخر ، أو أن يطلق فيقول أوصيت إليكما ولا يذكر اجتماعا ولا انفراداً فحكم ذلك عندنا حكم النص على الإجتماع خلافاً لأصحاب أبي حنيفة ، لأنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد به اعتباراً بالوكالة لأنه إذا أوكلهما في بيع لم يكن لأحدهما الانفراد بذلك باتفاقنا (٦) .

---

(١) أنظر الأم : ٤/٩٧ - ٩٨ ، الإقناع : ١٣٠ .

(٢) في م لا ينفصل .

(٣) في م : الآخر .

(٤) في م : قاله .

(٥) في ق : النقد .

(٦) انظر المدونة : ٤/٢٨٧ ، ٢٩٠ ، التفريع : ٢/٣٣٢ ، الكافي : ٥٤٨ .

فصل [٢٠ - في الوصية بثلثه إلى رجل وبولده إلى آخره] :

للرجل أن يوصي بثلثه إلى رجل وبولده إلى آخر [١] ، لأن الوصية في معنى الوكالة ، وله أن يوكل في حقوقه كلها وفي بعضها وكيلا واحدا أو وكلاء عدة .

فصل [٢١ - في الوصية بالنظر في حقوق مخصوصة] :

إذا أوصى لرجل بنوع من حقوقه مخصوص دون غيره لم يكن له النظر في غيره إذا خصه بذلك [٢] ، لأنه إنما يملك النظر بتولية صاحب الحق فلم يطلق توليته أو يقيدها ، فأما إن أطلق فقال : وصيتي إلى فلان أو قال فلان وصيي فإنه يكون وصيه في كل شيء يجوز أن يوصي به من النظر في ثلثه والولاية على صغار ولده وقضاء ديونه ، خلافاً للشافعي في قوله إنه لا تصح الوصية [٣] ، لأن الإطلاق يقتضي العموم فأشبه أن ينص على ذلك ، فأما إن أوصى إليه بنوع ولم يذكر قصره عليه ولا أنه ليس إليه النظر في غيره فقيل : هو كالوصية المطلقة لأنه أقامه مقامه ولم يقصره على ما سماه ،وقيل لا يكون وصياً إلا فيما عين له ونص عليه لأنه لا يملك الوصية إلا بالتولية ، فأن أوصى بشيء مخصوص لم يملك النظر في غيره وليس يحتاج إلى أن يلفظ بقصره عليه لأن المنع هو الأصل وإنما الذي يحتاج إليه هو النص علي التولية .

فصل [٢٢ - فيما إذا أوصى إليه وأطلق الوصية] :

إذا أوصى إليه وأطلق ولم يقل ليس لك أن توصى : [٤] فله أن يوصي بما أوصي به إليه ، وقال الشافعي ليس له ذلك إذا أطلق الوصية ، وأما إن أذن له

---

(١) انظر المدونة : ٤/ ٢٩٩ ، التفريع : ٢/ ٣٣٢ .

(٢) انظر المدونة : ٤/ ٣٠٠ ، ٣١٣ ، الكافي : ٥٤٨ - ٥٤٦ .

(٣) انظر الأم : ٤/ ١٢٠ ، المهذب : ١/ ٤٦٣ .

(٤) أن توصي سقطت من م .

فله قولان : أحدهما أنه يملك أن يوصي ، والآخر أنه لا يملك [1] ، فدليلنا على أنه يملك إذا أذن له أنه يملك [2] أن يوصي إليه ويقول : إن مت فوصيتي إلى فلان فإذا صح ذلك قلنا لأن كل ما صح أن يليه بنفسه على وجه الوصية بعد الموت جاز[3] أن يوليه غيره أصله الوصية المباشرة ، ودليلنا أنه إذا أطلق فإن للموصي[4] أن يوصي ، أن ذلك معنى ملكه الموصى إليه إذا نص له ، فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية أصله كسائر الحقوق التي يوصي فيها ، ولا يدخل عليه الوكالة لأنا شرطنا التولية في وصيته .

فصـل [٢٣ - جواز عفو الرجل عن قاتله عمدا وعدم جوازه في الخطأ] :

يجوز عفو الرجل عن قاتله عمدا ، ولا يجوز ذلك في الخطأ [5] إلا أن تكون الدية ثلث التركه أو أقل ، والفرق بينهما أن الواجب بقتل العمد قود فليس فيه إخراج مال عن الورثة والواجب بقتل [6] الخطأ مال وليس له في المال إلا الثلث .

فصـل [٢٤ - في صحة الوصية للقاتل عمدا أو خطأ] :

تصح الوصية للقاتل عمداً أو خطأ [7] خلافاً للشافعي [8] ، لقوله تعالى : ﴿فمن بدله بعد ما سمعه﴾ [9] فعم ، ولأنها هبة فالقاتل لا يمنعها اعتباراً بحال الحياة، ولأنه تمليك فصح في القاتل كإسقاط الحقوق .

---

(١) انظر المراجع السابقة .
(٢) أنه يملك : سقطت من م .
(٣) في م : بعد موته صح .
(٤) في م : للوصي .
(٥) انظر المدونة : ٢٩٦/٤، التفريع : ٣٢٢/٢ ، الكافي : ٥٤٥ .
(٦) في ق : في قتال .
(٧) انظر المدونة : ٢٩٦/٤ ، التفريع : ٣٢٣/٢ ، الكافي : ٥٤٥-٥٤٦ .
(٨) في أحد قوليه انظر الإقناع : ١٢٨ ، المهذب : ٤٥٨/١ .
(٩) سورة البقرة ، الآية : ١٨١ .

فصل [٢٥ - إذا قتل الموصى له الموصى عمدا] :

إذا قتله الموصى له عمدا بطلت الوصية [١] إلا أن يعلم بقتله فيقره عليها فإن قتله خطأ لم تبطل لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد كالميراث ، وأن لا يبطل بقتل الخطأ كالميراث ، ولا يكون له شيء من الدية المستحقة على عاقلته ، وأما إن علم بأنه قتله عمدا فأقره على الوصية بأنه يكون كالمبتدىء لها فيصح .

فصل [٢٦ - إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللآخر بدنانير مسميات] :

إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللأخر بدنانير مسماه [٢] وضاق الثلث على الوصيتين ففيها ثلاث روايات :[٣] .

إحداها البداية بالجزء على التسمية ، والثانية البداية بالتسمية عن الجزء ، والثالثة إنهم يتحاصون بقدر [٤] وصاياهم .

فوجه الأولى أن التجزئة أكد من التسمية في الأصول لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية ، ألا ترى أنه لو وصى له بألف درهم فتلف المال إلا ألفاً لم يستحق الموصي له إلا قدر ثلثه ، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك مستحقاً على كل وجه فيما يبقى بعد التلف [٥] ، أعني أنه يكون له ربع الباقي إن أوصي له بالربع أو سدسه أن أوصى بالسدس ، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار وإن كان كيلا مسمى يعتبر [٦] فيه قدر الثلث ، وإن كان جزءا فما شاء [٧] ،

---

(١) في م : وصيته .

(٢) في ق : مسميات .

(٣) انظر المدونة : ٣٠٦/٤ ، التفريع : ٣٢٨/٢ ، الكافي : ٥٥٤ .

(٤) في ق: بعدد .

(٥) في م : بعد الموت وفي ز : بعد الثلث .

(٦) في م : اعتبر .

(٧) في ق : وإن كان جزءاً فما بمان .

وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية (كانت آكد فقدمت عليها ، ووجه الثانية أن) [1] التسمية آكد بالنص على مقدارها [2] بخلاف التجزئة ووجه الثالثة أنها جهة تستحق بالوصية ، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر فلم يبق إلا التحاصص.

فصل [٢٧ - إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف] :

إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الموصي به بطلت الوصية لأن المعين [3] يبطل الحق بتلفه كالمبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية ، وكذلك الدابة المكتراة بعينها إذا ماتت إن العقد ينفسخ في ذلك كله ، فإن تلف ثلثا تلك العين فالتلف الباقي للموصى له إن احتمله كل المال [4] ، خلافا لأبي ثور [5] في قوله أن للموصى له ثلث الباقي وللورثة ثلثاه [6] ، لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين فوجب أن يستحقه كما لو أوصى له بعبد أو بثوب واحتمله الثلث فأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع [7] وما يموت عنه فلا يتعين في شيء بعينه نحو قوله : وصيت بثيابي لفلان لأن له ما يموت عنه من ثياب سواء كانت الثياب التي يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها .

---

(١) في ق : ما بين قوسين : سقطت من م .

(٢) في م : مقاديرها .

(٣) في م : التعيين .

(٤) انظر المدونة : ٢٧٨/٤ ، التفريع : ٣٢٨/٢ ، الكافي : ٥٥٢ .

(٥) أبو ثور : إبراهيم بن خالد ، أبو ثور الكلبي البغدادي مفتي العراق سمع من سفيان ووكيع بن الجراح وحدث عنه أبو داود وابن ماجه قال النسائى عنه : ثقه مأمون أحد الفقهاء ت : ٢٤٠، (وشذوات الذهب : ٩٣/٢ ، سير أعلام النبلاء : ٧٢/١٢) .

(٦) انظر المحلي : ٤٣٣/١٠ ، المغني : ١٣٤/٦ - ١٥٩ .

(٧) في م : المبلغ .

فصـل [٢٨ - إذا أوصى لميت يعلم بموته] :

إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية فتقضى منها ديونه وزكوات وكفارات[١] إن كانت عليه ، فإن لم يكن عليه شيء من ذلك كانت لورثته[٢]، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يصح بوجه [٣] فدليلنا قوله تعالى ﴿ فمن بدله بعدما سمعه ﴾ [٤] فعم ، ولأنه آدمي كالحي ، ولأنها إحدى حالات الآدمي كالحياة، ولا يدخل عليه إذا لم يعلم به لأن الغرض إلحاق أحد النوعين بالآخر ، ولأن الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصح من العقلاء وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصي له : فتارة يكون بالتمليك كالحي ، وتارة يكون بغيره كالوصية للمسجد والقنطرة والجسور وما أشبه ذلك ، فإذا أوصى لمسجد فقد علم أنه لم يرد تمليكه وإنما أراد صرف الوصية في مصالحة وكذلك الجسر والقنطرة، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم أنه ميت إنما أراد [٥] صرف الوصية في وجوه نفعه ومصالحه ، فإن كان عليه دين [٦] قضي منها وإلا كانت لورثته أو تصدق بها عنه [٧] ، ولأنه أراد أن يكون كماله ، وأما إذا كان عنده أنه حي فلا تصح الوصية لأنه أراد تمليكه ولم يرد ما ذكرناه .

فصـل [٢٩ - إذا أوصي لقرباته أو لأهله] :

إذا أوصى لقرباته أو لأهله : ففي القربات يكون للأقرب فالأقرب لا يدخل معهم ولد البنات ، وفي الأهل يكون للعصبة إلا إن أراد ذوي رحمه ، وروي أنه يدخل في ذلك العصبة وذوي الأرحام من لا يرثه وولد البنات والعمات

---

(١) في ق : كفارة .

(٢) انظر المدونة : ٢٩٦/٤ ، التفريع : ٣٢٣/٢ ، الكافي : ٥٥٣ - ٥٥٤ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٧ ، الإقناع : ١٣١ .

(٤) سورة البقرة الآية ١٨١

(٤) في م : قصد . (٥) في م : ديون .

(٦) في ق : عليه .

والخالات[1] فوجه ، الأول أن اسم القرابة مستحق من القرب فوجب أن يستحقه من يطلق عليه الاسم ولا يدخل عليه ولد البنات لأن قرباهم يختص لغيره ، والأهل هم العصبة على الإطلاق لأنهم الذين يعقلون عنه ويملكون الولاية في النكاح والصلاة على الجنازة ، ووجه الثانية أن اسم القرابة والأهل يشتمل على كل من مسه به [2] رحم وهذا أصح .

فصــل [٣٠ - أذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به] :

إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به [3] ، خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن الوصية فيما علم به وفي ما لم يعلم به [4] ، لأن ما لم يعلم به فقد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية فلم يكن له مدخل فيها أصله إذا أوصى بثلث هذه الدار فإنه لا يدخل عليه الوصية في غيرها من التركة لأنه لم يرده .

وإذا دبر عبدا وله مال يعلم به ومال لا يعلم به : فالمدبر لا يخرج من المال الذي يعلم به ففيها روايتان : إحداهما أن المدبر يكون في المالين كالدين لأنه لا يجوز له الرجوع عنه ،والثانية أنه يكون فيما علم به لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فصــل [٣١ - إذا أوصى الوارث وأجنبي فلم يجز الورثه وصية الوارث] :

وإذا أوصى الوارث وأجنبي فلم يجز الورثة وصية الوارث فإنهم يحاصون الأجنبي بوصية الوارث فما حصل له رجع له ميراثاً وما بقي بعد ذلك فلأهل

---

(١) انظر المدونة : ٤/٣١٥ - ٣١٦ ، الكافي : ٥٥٤ .

(٢) به : سقطت من م .

(٣) انظر المدونة : ٤/٣٠٥ ، التفريع : ٢/٣٢٩ ، الكافي : ٥٥٣-٥٥٤ .

(٤) انظرمختصر الطحاوي : ١٦٢ - الأم : ٤/٩٠ .

الوصايا [1] ، وقال الشافعي يبطل حق الوارث [2] ، فدليلنا على المحاصة أن الميت شرك مع الأجنبي غيره في الثلث فكأنه أعطاه [3] الباقي عن عطية الوارث بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث لم يستحق الأجنبي إلا السدس ، وإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة .

فصل [٣٢ - إذا هلك الموصى له قبل موت الموصي] :

إذا هلك الموصى له قبل موت الموصي فلا شيء له ،وإن كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم قبل موت الموصي فيها ثلاث روايات [4] : إحداها [5] أنه يحاص أهل الوصايا بقدر وصيته على علم بموته أو لا [6] فما أصابه كان لورثة الموصي ولا شيء لورثة الموصى له ، والأخرى أنها تبطل وصيته ولا يحاص أهل الوصايا بها علم بموته أو لم يعلم [7] ، والثالثة [8] أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم .

فوجه الأولي أن الموصي قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت فلم يستحقوا زيادة على ذلك كما لو لم يمت ، وإن لم يعلم فهو على العقد [9] الأول وإن علم فتركه إن تبين إقرارا منه فالأمر [10] على ما كان عليه .

---

(١) انظر المدونة : ٤/ ٣٠٧ ، التفريع : ٣/ ٣٢٤ ، الكافي : ٥٤٤ .

(٢) انظر الأم : ٤/ ١١٠ ، الإقناع : ١٣٠ .

(٣) في ق : أعطي .

(٤) انظر المدونة : ٤/ ٢٩٦ ، التفريع : ٢/ ٣٢٣ ، الكافي : ٥٥٤ .

(٥) في م : إحداهن .

(٦) أم لا : سقطت من ق .

(٧) في م : أولا .

(٨) في م : والثانية وهو غلط .

(٩) في م : على القصد .

(١٠) فالأمر : سقطت من ق .

ووجه الثانية أن الموصي قد صرف إليهم المال وأخرجه عن تركته فلم يجز أن يرجع ميراثا ، فإن لم يعلم فالقصد على ما كان عليه وإن علم ولم يعين فذلك دلالة على تبقيته إياه .

ووجه الثالثة أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به ، فإذا علم فتركه أن يصرف المال إلى جهة أخرى ، رضا منه بأن يكون [1] باقيا على حكم الوصية .

فصل [٣٣ - إذا أوصى بعبد من عبيده] :

إذا أوصى له بعبد من عبيده وهم عشرة مثلا ، أو بعير من إبله إو بشاة من غنمه فله عشرهم بالقيمة كان ذلك رأسا أو أقل أو أكثر [2] لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصى له ، وذلك أن الرأس من العشرة عشرهم فلا بد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيم : ففي اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوي لأن الورثة يقولون نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول أعلاها وليس أحدهم [3] أولى من الآخر فلم يبق إلا اعتبار القيمة ، فإن مات من العشرة ثمانية وبقي اثنان فله نصفهما بالقيمة ، ولو مات خمسة كان خمس الباقي ، وإن كانت الوصية بجزء منهم فوصى بعشرهم وهم عشرة فهلك ثمانية وبقي اثنان لكان عشرهما بالقيمة لأن من مات من العشرة كأنه لم يكن فلا اعتبار به .

فصل [٣٤ - إذا أوصى الرجل بنفقته عمره] :

وإذا أوصى الرجل بنفقته عمره فإنه يعمر عند مالك سبعين سنة ، وعند عبد الملك تسعين ، وينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية فحسب له نفقة ما بقي بالإجتهاد في نفقة مثله وكسوته وسكناه : فيفرض له مقدار ذلك ، فإذا عرف قدره جعل على يدي وصي أو أمين وأنفق عليه إما شهرا بشهر أو أسبوعا بأسبوع

---

(١) في م : بكونه .

(٢) انظر المدونة : ٤/٢٧٨ ، التفريع : ٢/٣٢٩ ، الكافي : ٥٥٣ .

(٣) في ق : أحدهما .

أو سنة بسنة على ما يؤدي إليه الاجتهاد مما لا يستضر به ، فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفقة رجع باقي نفقته لورثة الموصي أو إلى أهل الوصاية إن كان المال ضاق عن استيفائها وإن كان عاش زيادة على التعمير فلا شيء له وقال أشهب يرجع إلى أهل الوصايا فيحاصهم ثانية (١) .

وإنما قلنا إنه لا يعمر لأنا لو لم نقل ذلك لم ندر كم نعطيه لأنا إن انفقنا عليه أبدا إلى أن يموت ومدة بقائه مجهولة أضر بالورثة حيث حبس حقوقهم عنهم وإن لم يعطه شيئاً حتى يعلم كم بقي من عمره فإن ذلك غاية المحال فلم يبق إلا التعمير .

وإنما قلنا يعمر سبعين لأنه غالب التعمير وقد قال ﷺ : « أعمار أمتي ما بين(٢) الستين إلى السبعين وأقلهم ما يجاوز ذلك » (٣) ، ووجه قول عبد الملك تسعين سنة لأنها الغالب من تناهي الأعمار وقول مالك أصح ، ولو أوصى لمن له سبعين أوثمانين لم يكن له (٤) إلا الاجتهاد في نفقته مثله ، وإنما قلنا إنه ينفق عليه على ما ذكرناه ولا يسلم إليه دفعة ليتم غرض الموصي لأن غرضه امتداد الانفاق بقية عمره ، وإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف في صرفها غرض الموصي .

وإنما قلنا إنه إذا مات قبل استيفاء المدة والنفقة كان باقي النفقة لورثة الموصي لأن الموت سبب استحقاقها فعادت ميراثاً ، ولذلك كقوله : إذا مت ودخل زيد الدار فأعطوه ديناراً فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثا ، ولا شيء لورثة الموصى

---

(١) أنظر التفريع : ٢/ ٣٣٠ ، الكافي : ٥٥٤ .

(٢) في م : من .

(٣) أخرجه البيهقي : ٣/ ٣٧٠ ، والحاكم : ٢/ ٤٢٧ ، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

(٤) في م : فيه .

له لأنه لم يكن مالكا لها [١] فتنقل إلى (ورثته لأن الموصي أراد إيصالها إليه لا إلى) [٢] ورثته .

وإنما قلنا إنها تعود إلى الوصايا إن كان المال ضاق عنها لأن الوصايا أولى بالثلث من الورثة وإنما دخلها النقص عند المزاحمة ، فإذا مات عن شيء [٣] مما أوصى له زالت المزاحمة في ذلك القدر فعاد إلى الوصايا ، وإنما قلنا إنه إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء لأن ذلك كالحكم الذي قد نفذ فلا ينتقض [٤] باجتهاد آخر ، ووجه قول أشهب أنا نتبين لبقائه بعد التعمير غلط [٥] ذلك الأجتهاد فإذا أمكن تلافيه وجب العود فيه ، ولأنه لما كان موته قبل استيفائه يوجب رده المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه كان بقاؤه بعدها يوجب عوده عليها، وإنما قلنا إن هذه النفقة من الثلث لأنها وصية فكانت في الثلث كسائر الوصايا.

فصل [٣٥ - في وصية المريض] :

الأمر على ضربين : منها ما لا يخاف في العادة وذلك كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق معه أحياناً فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحبه التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض وما يهبه ويتصدق له نافذ من رأس ماله ، والضرب الآخر ما يخاف منه وهو الذي لا يؤمن ترقبه [٦] إلى الموت كالحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك فهذا هو الذي يتعلق عليه حق الحجر على من وجد به فيما زاد على قدر حاجته من الانفاق في الأكل والكسوة

---

(١) في م : مالكها .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في م : بقيه .

(٤) في م : ينقض .

(٥) لعلها غلط .

(٦) في ق : توفيه .

والتداوي والعلاج وشراء [1] ما يحتاج إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب،و يمنع مما سوى ذلك مما يخرج [2] على غير بدل يحصل للورثة من هبة أو صدقة ، ويكون ما فعل من ذلك موقوفاً على موته فينفذ من الثلث أو على صحته فينفذ على ما بيناه، ولا يمنع من التصرف بالمعاوضة المعتادة في التجارة التي لا يحابي[3] معها كالبيع والشراء بمثل ثمن المثل والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك .

وإنما قلنا في القسم الأول إنه لا يوجب الحجر لأن الخوف إذا عدم معه لم يتعلق للورثه حق ، لأن علته ثبوت الحجر لهم الخوف من الموت لأن حضور سبب الشيء جار في المنع مجرى حضور نفسه فإذا عدم هذا المعنى زال ما يجب[4] بوجوده .

وإنما قلنا إن الحجر لا يتعلق بما يحتاج إليه لأن حقه مقدم على حق [5] الورثة، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما فضل عن حاجته لأن الحجر لا يدخل في الواجبات وإنما يدخل في التطوع ، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الوصية[6] فحقه حال الحياة أولى .

وإنما قلنا إنه يمنع من سرف أو ما يخرج عن عادة في قدر ما يحتاج إليه لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان في معنى إضاعته وذلك ممنوع فيه .

---

(١) في م : وشراء .

(٢) في ق : يجرى .

(٣) في ق : لا محاباه .

(٤) في ق : يوجب .

(٥) في م : حقوق .

(٦) في م : لحق الموصي .

وإنما قلنا إن تصرفه في المعاوضات جائز إذا لم يكن فيها محاباة لأن الحجر لا يوجب المنع من التقلب في المال لأن الورثة لا يتعلق لهم حق في أعيان المال وإنما الحق لهم في مقداره ومبلغه .

فصل [٣٦ - الحجر على وصايا المريض المخوف عليه وما في حكمه ..] :

الحامل إذا بلغت سته أشهر والمحبوس للقتل في قصاص أو حد والزاحف في الصف كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه في وجوب الحجر عليهم[(١)] ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في إجازتهما لهم التصرف ما لم يضرب الحامل الطلق ويقرب المحبوس إلى القتل وتقدم الزاحف إلى البراز [(٢)] ، لقوله تعالى : ﴿ فلما اثقلت دعوا الله ربهما ﴾ [(٣)] قيل في التفسير لما بلغت ستة أشهر[(٤)] ، ولأنها بلغت حد الوضع كبلوغها حال الطلق ، و لأن الله تعالى [(٥)] قد جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه فقال ﴿ ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون ﴾ [(٦)] يريد أسبابه وعلاماته ، وهذا موجود في المحبوس للقتل والزاحف في الصف ، ولأن تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة في زيادة بقاء المرض [(٧)] وسرعة تلفه ، فإذا كان لا اعتبار به فكذلك في مسألتنا .

أما الراكب في البحر الخائف من الغرق : فقال ابن القاسم حكمه الصحيح، وقال أشهب حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف في الصف ، وهذا أقيس لأنها حال خوف على النفس كإثقال الحامل .

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٧٦٥ ، التفريع : ٢/ ٣٣١ ،الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥٤٥.
(٢) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٩ ، الأم : ٤/ ١١٩ .
(٣) سورة الأعراف ، الآية : ١٨٩ .
(٤) انظر تفسير الطبري : ٩/ ١٤٤ .
(٥) في م : عز وجل .
(٦) سورة آل عمران الآية : ١٤٣ .
(٧) في ق في زيادتها المرض .

فصـل[٣٧ - إذا أوصى بوصيتين أو أكثر] :

إذا أوصى بوصيتين أو أكثر : فإن لم يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع نفذ جميعها ، وإنما وجب ذلك لأن قصده إلى تنفيذها جميعها ممكن ولا شيء يدل على رجوعه فوجب تنفيذ الكل ، وإن كان فيها رجوع عن بعضها نفذ ما لم يرجع فيه وبطل ما رجع عنه لأن ما رجع عنه مفسوخ بما ثبت عليه ، فأن أوصى لرجل في موضعين بدنانير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتعين من نوع واحد ولم يذكر إبطالاً لأحدهما ولا أنهما جميعاً للموصى له فله ، واحدة منهما لاحتمال أن تكون الآخرة تكراراً لابتداء ، فإن كانت إحداهما أكثر من الآخرة فله الأكثر منهما لأنها إن كانت هي الأخرة فقد زاد على الأولى وإن كانت هي [(١)] الأولى فيحتمل أن يكون الأقل رجوعا عنها إلى الأقل ،ويحتمل أن يكون زيادة مضمومة إليها فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأقل ، هذه روايه ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالك ، وذكر ابن حبيب ومطرف [(٢)] وابن الماجشون عنه أنه ينظر إلى الأكثر : فإن كان هو في الأولى أعطى الجميع ، وإن كان في الآخرة أعطي الأكثر فقط ، قال لأنه إذا كان الأكثر هو أول الوصيتين (حمل الأقل بعده على أنه سبيل فيه قراره ، وإن كان الأقل أوله الوصيتين) [(٣)] كان رجوعا عن الأولى، هذا الحكم فيه إن كان من نوع واحد ، وإن كان من أنواع شتى [(٤)] مثل دنانير وثياب أو عروض فله الوصيتان جميعا ولا مقال للورثة لأنه لا ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما [(٥)] .

---

(١) هي : سقطت من ق .

(٢) مطرف : أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن يسار الهلالي ، ابن أخت الإمام مالك وأحد أصحابه المشهورين تفقه به وبعبد العزيز بن الماجشون وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم وغيرهما ت ٢٢٠ هـ (الديباج المذهب : ٢/ ٣٤٠ ، وشجرة النور الزكية : ٥٧) .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) شتي : سقطت من م .

(٥) انظر المدونة : ٤/ ٣٠٤ ، ٣١٣ ، التفريع : ٢/ ٣٣٢ ، الكافي : ٥٤٤ .

فصل [٣٨ - إذا أوصى بشيء بعينه لرجل ثم أوصى به الآخر] :

إذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به للآخر ولم يذكر رجوعا عن الأول كان بينهما نصفين (١) ،خلافاً لمن يقول يكون للأول ، ولمن قال إنه للثاني (٢) ، لأن وصيته به لآخر لا تحتمل (٣) الرجوع وتحتمل الشركة فلم يحمل على الرجوع مع إمكان غيره ، ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان كان رجوعا لأنه نقله عن المحل (٤) الأول للذي جعله بعده فانتفي الإحتمال .

فصل [٣٩ - إذا أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم أوصى به لرجل أو العكس] :

فإن أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم وصى به لرجل أو أوصى به لرجل أولا ثم ثانية بالعتق فالآخرة نقض للأولى أيهما كانت هذا قول ابن القاسم ، وقال أشهب الحرية أولى قدمت أو أخرت ، ولابن القاسم أنه قد ثبت أن الوصية للثاني يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة وإذا احتملت الشركة (لم يجز حملها على الرجوع على ما بيناه (٥) .

فصل [٤٠ - فيما إذا لم يحتمل الشركة في الوصيتين] :

فإذا لم يحتمل الشركة) (٦) لم يبق إلا الرجوع ، وذلك أن العتق لا يجوز(٧) الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتداء بتبعيضه ، وإذا امتنع ذلك لم يبق إلا الرجوع (٨) ، ولأشهب أن العتق مغلب على غيره فوجب تقديمه .

---

(١) انظر المدونة : ٣١٣/٤ ، الكافي : ٥٤٥ .

(٢) قاله جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود : أنها للآخر منهما (انظر المغني : ٦٤/٦) .

(٣) في م و ر : يحتمل .

(٤) في ق : الحمل .

(٥) انظر المدونة : ٣١٣/٤ ، الكافي : ٥٤٤ .

(٦) ما بين قوسين سقط من م .

(٧) في م لا يكون .

(٨) في م : أنه رجوع .

فصـل [٤١ - متى تجب الوصية] :

الوصية لا تجب إلا بموت الموصي وقبول الموصى له بعد موته ، لأن الموصي ما دام حيا فله الرجوع في الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله ، وإذا مات وجب أن يكون للموصى له حق القبول فإن قبل تمت الوصية وإن ردها عادت ميراثا أو فيما جعلها فيه إن كان شرط ذلك ، ولا يدخل في ملكه بموت الموصي دون القبول [١] ،خلافاً لأحد أقاويل الشافعي [٢] ،لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول كالهبة واعتبارا بالهبة حال الحياة .

وأما إن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد : فقد قال شيخنا أبو بكر الأبهري الأشبه أن تكون لورثة الموصي بها (لأنها على أصل ملك أبيهم إلى أن يخرج عنهم بقبول الموصى له) [٣] وقال غيره من شيوخنا يكون القبول لورثه الموصى له لأنه حق وجب له فإذا مات انتقل إلى ورثته فقاموا فيه مقامه كسائر الحقوق وهذا كأنه أقيس .

فصـل[٤٢ - إذا أوصى لرجل بشيء من ماله بعينه وله أموال كثيرة] :

إذا أوصى لرجل بشيء من ماله بعينه وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون ، وكان ما أوصى له به دون الثلث من جميع تركته فقال الورثة : لا نعطيه هذا لأنا لا نأمن أن يتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد فات[٤] بالعين التي أخذها ، فعندنا أنهم مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما أوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث الميت ، ثم هل يقطع له بثلثه [٥] في جميع التركه أو في الشيء الموصى له به بعينه على روايتين [٦] ، وقال أبو حنيفة

---

(١) انظر الموطأ : ٧٦٦/٢ ، التفريع : ٣٢١/٢ ،الكافي : ٥٤٣ .

(٢) انظر مختصر المزني : ١٤٣ ، الإقناع : ١٣٠ .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : قد فاز .

(٥) في ق : بمثله .

(٦) انظر المدونة : ٣٠٥/٤ ،التفريع : ٣٢٤/٢ ، الرسالة : ٢٢٣ ، الكافي : ٥٥٠.

والشافعي له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا في جميع ما تركه الميت حتى يستوفي تمام قيمته [1] ، فدليلنا أن الورثة متعدى عليهم لأن الميت لم يكن له أن يوصي من العين بأكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها ، فلما وصى بجميعها كان متعديا فكان الخيار للورثة بين أن ينفذوا ما وصى به أو يفرجوا عن الثلث لأنه إذا تعدى إلى مال ليس له وجب رد تعديه إلى ماله وإذا كان كذلك ثبت ما قلناه .

ووجه قصر الثلث على العين الذي وصى بها فلأنه لم يرد الوصية بغيرها وإنما أراد هذه العين فمهما وجدنا سبيلا إلى إخراج العين كان أولى ، ووجه القول الآخر أن التعدي إذا سقط ورد إلى الثلث صار في حكم من وصى بالثلث ابتداء.

فصل [٤٣ - إذا ضاق الثلث عن الوصايا] :

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الأوكد فالأوكد فالمدبر في الصحة يقدم على المبتل [2] في المرض ، وعلى المدبر في المرض لقوة التصرف في الصحة على التصرف في المرض والعتق المبتل في المرض يقدم على الوصية بالعتق لأن المبتل ليس له فيه رجوع إذا صح والوصية يرجع فيها ، وإذا أوصى بعتق عبد بعينه كان في ملكه أو ليشترى ويعتق كان مقدما على غيره من الوصايا لتأكد حرمة العتق ، وإن كانت الوصية بعتق غير معين فهى وسائر الوصايا سواء لأنها وصية بمال ، والوصية بعتق معين تبدى على الزكاة لأنها حرمة ثبتت في البدن ، ولأن العتق مبني على التغليب ، وقال عبد الملك الزكاة مبتدأة لأنها حق من حقوق الله تعالى ، وإذا أوصى بزكاة وكفارة قدمت الزكاة على الكفارة لتأكيد وجوبها [3].

---

(١) انظر مختصر الطحاوي : ١٥٨ ، الإقناع : ١٣٠ .

(٢) على المبتل : سقطت من ق .

(٣) انظر المدونة : ٣٠٦/٤ ، التفريع : ٣٢٤/٢ ، الكافي : ٥٥٠ .

فصل [٤٤ - فيمن فرط في زكاة عليه ...] :

إذا فرط في زكاة عليه : فإن أوصى لزم الورثه إخراجها عنه ، وإن لم يوص لم يلزم الورثة [١] خلافاً للشافعي [٢] ، لأن إخراجها موكول إلى اجتهاد [٣] أمانته فيجوز أن يكون قد أخرجهما إلا أن يعلم أنه لم يفرط مثل أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو يؤدي إليه الغريم نصابا من دينه فهذا يجب أداء الزكاة من رأس المال وصى بها أو لم يوصِ لزوال التهمة فيها ، وإذا أوصى بما فرط فيه فهو من الثلث ، خلافاً للشافعي ، لأنه يتهم أن يكون أراد الانتفاع بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعده فكانت كالوصايا ولم تكن كالديون .

فصل [٤٥ - في تزاحم الوصايا] :

وإذا تزاحمت الوصايا (قدمت على ما أضعف منها [٤] خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنها وسائر الوصايا) [٥] سواء [٦] ، لتأكيدها على غيرها إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال .

فصل [٤٦ - إقرار المريض بدين لوارث] :

وإذا أقر المريض بدين لوارث فقد بيناه في باب الإقرار لأن المراعى [٧] فيه التهمة ، وإذا أقر بآمانات كودائع وفرائض [٨] لمن لا يتهم له : فإن وجدت

---

(١) انظر المدونة : ٤/٣٠٩ ، والتفريع : ٢/٣٢٥ ، الكافي : ١١٠ .

(٢) انتظر الأم : ٧/٦٧ ، الإقناع : ٦٨ .

(٣) اجتهاد : سقطت من م .

(٤) انظر المدونة : ٤/٣٠٦ ، التفريع : ٢/٣٢٤ ، الكافي : ٥٥٠ ، ومعنى ما أضعف منها أي أنه يقدم في الوصايا عند تزاحمها آكدها على ما دونه مثاله أن يوصى بعتق عبد وبمال لشخص فضاق الثلث عنها فإنه يقدم العتق على غيره لأنه آكد وأكثر حاجة .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) انظر مختصر الطحاوي : ١٦٠ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني : ٤/١٧٧.

(٧) في ق : المدعي .

(٨) في م : كوداع وقرائض .

بأعيانها ردت على أصحابها ، وإن لم تعرف كانت كالديون ، ويحاص بها عند ضيق المال لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت فالظاهر استهلاكه لها وتعلقها بذمته .

فصل [٤٧ - إذا أوصى لرجل بمائتين ولآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين] :

وإذا أوصى لرجل بمائتين ولآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما أراد ففيها روايتان [١] : إحداهما أن له نصف الأولى ونصف الثانية ، والثانية أن له مثل الاخرة ، وقال أشهب له مثل الأقل منهما .

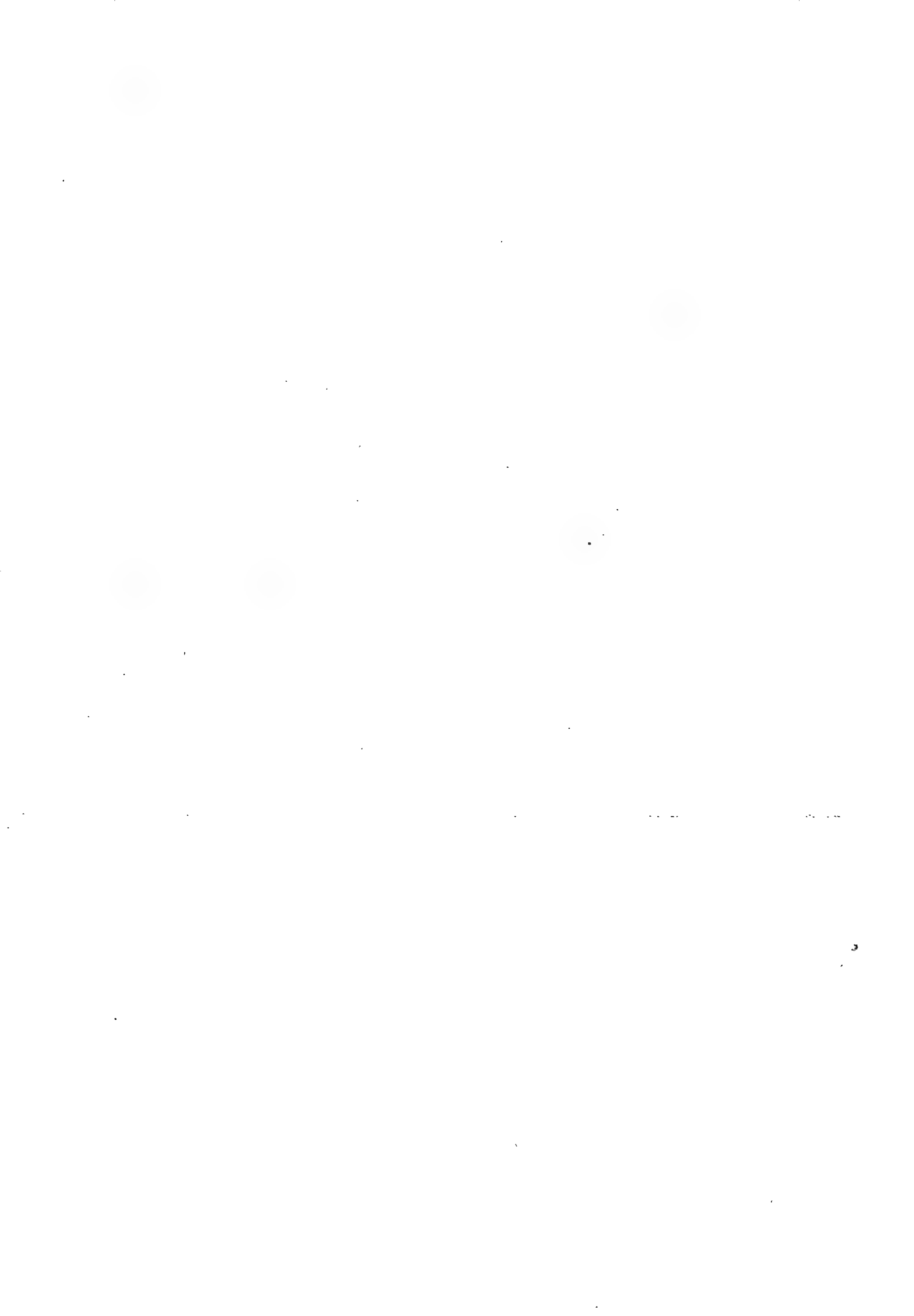
فوجه الأولي أن مقدار الصغرى متحقق أنه موصى له به ونصف الكبرى فيصير النزاع في النصف الآخر من الكبرى فيتداعيانه [٢] ، ولابينة لواحد منهما فيكون بينهما ، ووجه الثانية أن قوله له مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذي يليه لأنه الظاهر من الكلام ، ووجه قول أشهب إن الأقل متيقن وما زاد عليه فمشكوك فيه فكان اليقين دون الشك وبالله التوفيق . .

* * *

---

(١) انظر التفريع : ٢/ ٣٣٢ ، الكافي : ٥٤٥ .

(٢) في ق : فيدعيانه .



كتاب المواريث [1]

الأسباب التي يتوارث بها ثلاثة : الرحم والولاء والنكاح ، والعلل المانعة من الميراث ثلاثة : كفر ورق وقتل ، فالمسلم والكافر لا توارث بينهما ، والعبد الذي يستغرقه الرق ومن فيه بقية منه لا يرث ولا يورث إلا بالملك ، وكذلك من فيه عقد من عقود العتق ، وقاتل العمد لا يرث مقتوله ، وقاتل الخطأ يرث من غير الدية ، والمرتد لا يرث بحال [2] .

فصل [١ - في الميراث بالرحم] :

وإنما قلنا إن الرحم يورث بها لإيجاب الله تعالى التوارث بين الوالدين والمولودين والإخوة وغيرهم من الأنساب ، وكذلك النكاح لأيجابه تعالى الموارثة ين الزوجين ، وأما الولاء فقد بيناه فيما تقدم .

فصل [٢ - في حصر وجوه التوارث في الرحم والولاء والنكاح فقط] :

وإنما حصرنا وجوه [3] التوارث على هذه الثلاثة ، لأن التوارث بغيرها إما أن يكون مجمع على منعه وأنه لم يثبت ، أو على أنه منسوخ إن كان ثبت في وقت مثل التوارث بالنصرة والهجرة والحلف والإخوة والمولاة ،وأنه لا يكون إلا ببعض ما قدمناه من الأسباب الثلاثة .

---

(١) المواريث : هو أن يكون الشيء لقوم يصير إلى أخرين بنسب أو سبب (معجم مقاييس اللغة : ١٠٥/٦) ، وفي الاصطلاح العلم بالأحكام العملية المختص تعلقها بالمال بعد موت مالكه تحقيقا أو تقديراً ، ويقال له علم الفرائض (انظر الفواكه الدواني : ٢/ ٢٧٠ - ٢٧١) .

(٢) انظر الموطأ : ٥٠٣/٢ ، المدونة :: ٨١/٣ ، التفريع : ٣٣٨/٢ ، الرسالة : ٢٥٢، الكافي : ٥٥٥ ، المقدمات : ١٤١/٣ .

(٣) في م و ر : وجوب .

فصـل [٣ - في كون الكافر لا يرث المسلم وأن العبد لا يرث] :

وإنما قلنا إن الكافر لا يرث المسلم لقوله ﷺ « لا يرث الكافر المسلم»[(١)]، وقوله ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين » [(٢)] ، وللإجماع على ذلك [(٣)] ، وإنما قلنا إن المسلم لا يرث الكافر خلافاً لمعاذ ومعاوية [(٤)] ومحمد ابن الحنفية [(٥)] ، واعتباراً بالكفر بعلة اختلاف الدينين ، وإنما قلنا إن العبد لا يرث لأن الميراث مبني على تساوي الحرم فلو قلنا أنه يرث لكان مورثه لا يخلو أن يكون مات حرا أو رقا : فإن كان مات رقا فسيده أولى بماله ، ولأن بسبب الحر لا يرثه ليقدم [(٦)] سيده عليه والعبد أولى ، وإن كان مات حرا فحرمته مخالفه لحرمته فلم يرثه، فأما سيده فيرثه بالرق لا من [(٧)] طريق حقيقة الإرث ، وإنما قلنا إن من فيه بقية رق فإنه لا يرث خلافاً لمن ورثه [(٨)] لوجود الرق فيه كما لو استغرقه ، ولا يجوز أن يقابل بأن يقال يجب أن يرثه للحرية التي فيه كالحر الكامل لأن المانع والمبيح إذا اجتمعا غلب المنع ، ولأن أحكام الرق أغلب عليه بدليل منع

---

(١) أخرجه البخاري في الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر : ٨/ ١١ ، ومسلم في الفرائض : ٣/ ١٢٣٣ .

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض باب هل يرث المسلم الكافر : ٣/ ٣٢٨ ، وابن ماجه في الفرائض باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك : ٢/ ٩١٢ ، وأحمد : ٢/ ١٧٨ ، ومعروف حكم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في أنه حسن .

(٣) انظر بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية - : ٨/ ٢٧٥ ، وشرح مسلم - للنووي - : ٦/ ٥١ ، المغني : ٢٩٤ ، فتح الباري : ١٢/ ٤٢ .

(٤) انظر الأم : ٤/ ٧٣، المغني : ٦/ ٢٩٤ .

(٥) محمد بن الحنيفية بن علي بن أبي طالب أبو القاسم ، وأبو عبد الله أيضاً ، وكانت أمه سوداء سنديه من بني حنيفه اسمها خولة من سادات قريش ومن الشجعان المشهورين ، مات بالمدينة سنة إحدى وثمانين (البداية والنهاية : ٩/ ٤٠ ، وحليه الأولياء: ٣/ ١٧٤) .

(٦) في م : لتقدير .

(٧) في ق : ولان .

(٨) ورثه بعض الشافعية : (انظر المهذب : ٢/ ٢٥) .

شهادته ونقصان حدوده وطلاقه وسقوط الجمعه عنه والحج وغير ذلك لأن الميراث مشروط بتساوي الحرم علي ما بيناه .

وإنما قلنا إن ماله إذا مات لمن فيه بقية رق لمالكه خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم إن ورثته يرثون نصيبه الحر [1] ،وقول [2] بعضهم أنه لبيت المال [3] ، لأن كل من لم يرث لمعنى لولاه لورث فإنه لا يورث أصله العبد والكافر ، ولأن قدر ما فيه من الحرية (إذا لم يوجب له أن يرث لم يوجب له أن يورث ، ولأن أحكام الرق أغلب عليه وقدر ما فيه من الحرية) [4] لم يجعل حكمه حكم الأحرار بقدره في أن يستحق بعض حد الفرية والتغريب والحصانة وقبول الشهادة وغير ذلك فكذلك الميراث .

فصـل [٤ - منع الإرث عمن فيه عقد من عقود العتق] :

وإنما قلنا إن من فيه عقد من عقود العتق : كأم الولد والمكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل في منع الإرث كالعبد لأن الرق باق عليهم بدليل أنهم لا يرثون به لأن عقد الحرية ليس بآكد من مباشرتها ، وقد بينا أنها إذا لم يستغرق وبقيت [5] بقية من الرق لم يحصل بها توارث فما ذونه أولى .

فصـل [٥ - منع الميراث عن قاتل العمد] :

وإنما قلنا إن قاتل العمد لا يرث لقوله ﷺ « ليس لقاتل العمد [6] شيء [7] ،

(١) انظر المهذب : ٢/ ٢٥ .

(٢) في م : وقال .

(٣) هذا في قول الشافعي القديم (المهذب : ٢/ ٢٥ ، المغني : ٦/ ٢٧) .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق و من ر .

(٥) في ق : بقية رقبته .

(٦) العمد : سقطت من م .

(٧) أخرجه مالك : ٢/ ٨٦٧ ، النسائي في الفرائض: ٦/ ٣٤١ ، والدارقطني : ٤/ ٩٦ ، والبيهقي : ٦/ ٢٢٠ ، وصححه ابن عبد البر ، وقال الألباني عنه : ضعيف (إرواء الغليل : ٦/ ١١٤) .

وروي ليس لقاتل العمد [١] ميراث [٢] ،وللإجماع على ذلك [٣] ، ولأن التهمه تؤثر في المواريث [٤] في الإدخال والإخراج بدليل أن المتزوج في المرض المخوف لا يرث بالتهمة بادخال وارث على روثته ، ولأن المطلقه ترث [٥] فيه للتهمة بمنعها [٦] من الميراث والقاتل عمدا متهم باستعجال الميراث فمنع منه .

فصـل [٦ - إرث قاتل الخطأ] :

وإنما قلنا إن قاتل الخطأ يرث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٧] ، لعموم الظواهر [٨] مثل قوله تعالى ﴿ يوصيكم الله في أولادكم ﴾ [٩] وغير ذلك ، وروى هشام بن عروه [١٠] عن أبيه عن النبي ﷺ : في قاتل [١١] الخطأ يرث من المال ولا يرث من الديه [١٢] ، ولأن كل معنى لايمنع التساوي في الحرم والدين ولا يوجب القود لا يزيل جهة التوارث ولايمنع الميراث أصله غير القتل من سائر الأفعال ، وفيه احتراز من الطلاق في الصحة لأنه يزيل جهة التوارث .

---

(١) العمد : سقطت من م .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الديات باب القاتل لا يرث : ٢/ ٨٨٤ ، وأحمد : ١/ ٤٩ ، وفي الزوائد إسناده حسن وصححه الألباني (إرواء الخليل : ٦/ ١١٧) .

(٣) انظر مراتب الإجماع : ٩٨، ١٠٩ ، المغني : ٦/ ٢٩١ .

(٤) في م : الميراث .

(٥) لوث : سقطت من ق .

(٦) في م : منها .

(٧) انظر مختصر الطحاوي : ١٤٢ ، الأيام : ٤/ ٧٢ .

(٨) في ق : الظاهر .

(٩) سورةن النساء ، الآية : ١١ .

(١٠) **هشام بن عروة** : ابن الزبير بن العوام الأسدى ، ثقه فقيه ربما دلس ، مات سنة خمس أو ست وأربعين ومائه وله سبع وثمانون (سير أعلام النبلاء : ٦/ ٣٤ ، وتقريب التهذيب : ٥٧٣) .

(١١) في م : قتل .

(١٢) أخرجه البيهقي : ٦/ ٢٢ ، وقال الشافعي لا يثبته أهل العلم (الأم : ٤/ ٧٣) .

فصل [٧ - في كون القاتل لا يرث من الدية] :

وإنما قلنا لا يرث من الدية خلافاً لمن قال إنه يرث منها [١] لأن الدية واجبة عليه بجناية والعاقلة تحملها [٢] عنه تخفيفا ، ولا يجوز أن يجني جناية يستحق بها مالا لأن الجناية إن لم تلزمه شيئاً فلا أقل من أنها لا تقيده استجلاب مال .

فصل [٨ - في إرث المرتد] :

أما المرتد فأمره مراعى موقوف على توبته : فإن تاب عاد إلى ما كان عليه من أحكام الإسلام ، وإن قتل أو مات على ردته انتقل ماله إلى بيت المال ولم يرثه ورثته من المسلمين ولا من أهل الدين الذي انتقل إليه وقد بيناه فيما تقدم .

فصل [٩ - عدم وجوب الميراث بالشك] :

لا يجب ميراث بشك [٣] ، فإن قتل قرابة [٤] يتوارثون بين الصفين أو غرقوا أو ماتوا تحت الهدم ولم يعلم الأول منهم لم يورث بعضهم من بعض وورثهم ورثتهم من الأحياء ، مثل أخوين لأب ملكا ببعض ما ذكرناه وترك كل واحد زوجة وأما وأخاً من أم فإن الباقي عندنا يكون لبيت المال دون الأخ الآخر، واختلف الصحابة رضي الله عنهم في ذلك فذهب بعضهم إلى هذا وبعضهم إلى توريث كل واحد منهم من الآخر [٥] ، وإنما قلنا ذلك لأن المواريث [٦] لا تجب بالشكوك ولما شككنا في أيهما مات أولا لم يجز أن يرث وارث مشكوك في استحقاقه الميراث .

---

(١) قال في الأشراف : أن أهل البصرة ورثوه من الدية : ٢/٣٢٩ .

(٢) في ق : حاملة .

(٣) في م : الشك .

(٤) في ق : قرابته .

(٥) انظر المدونة : ٣/٨٥ ، التفريع : ٢/٣٣٦ .

(٦) في م : التواريث .

فصـل [١٠ - ميراث الجنين] :

إذا طرح [١] الجنين فاستهل صارخاً فقد ثبتت حياته ويرث ويورث وكذلك إن أقام أياما وإن لم يصرخ بذلك يقوم في باب العلم بحياته مقام الصراخ ، وإن تحرك ثم مات ولم يصرخ لم تثبت حياته فلا يرث ولا يورث ، واختلف في العطاس وقد بيناه فيما تقدم [٢] .

فصـل [١١ - فيمن ألحق بأبيه بعد موته] :

من ألحق بأبيه بعد موته ورثه [٣] لأن المقر بنسب ولد منه أو الشهود الذين يثبتون الأنساب إنما يثبتون نسبا متقدم الثبوت [٤] على الموت لاحادثاً بعده ، وإذا كان كذلك ثبت أن الموت طرأ على نسب حاصل ثابت فوجب أن يستحق الميراث به .

فصـل [١٢ - زوال الأسباب المانعة من الميراث بعد موت المورث] :

إذا مات وله وارث فيه بعض الأسباب المانعة من الميراث من كفر أو رق فزالت بعد الموت وقبل القسمة لم يرث [٥] ، خلافاً لمن قال إنه يرث إذا زالت [٦] ، لأن كل من لم يكن وارثاً في حال الموت لوجود معنى فزواله بعد الموت لا يصيره وارثا أصله بعد القسمة .

فصـل [١٣ - في ميراث ولد الملاعنه] :

ولد الملاعنه إذا مات وترك أمه وإخوته لأمه ورثوا منه [٧] سهامهم وكان ما بقي

---

(١) في م : سقطت .

(٢) انظر التفريع : ٢/٣٣٦ .

(٣) انظر المدونة : ٣/٨٦،٨٩ ، التفريع : ٢/٣٣٦ ، الكافي : ٥٥٥ .

(٤) في م : شيئاً متقدم الثبوت .

(٥) انظر المدونة : ٣/٨٧ - ٨٨ ، التفريع : ٢/٣٣٧ ، الكافي : ٥٥٥ .

(٦) قال ذلك: الأثرم ومحمد بن الحكم وروي عن عمرو وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر والحسن ومكحول وغيرهم (المغني : ٦/٢٢٩) .

(٧) في ق : منهم .

لموالي أمه إن كانت معتقة ، وإن كانت عربية فللمسلمين ولا يكون لعصبتها [1] ، وقال ابن مسعود هي عصبته فيكون ما بقي لها فإن لن تكن فعصبتها عصبته [2] ، وإنما قلنا : إن الفاضل لموالي أمهم لأنهم عصبة له ،و لأنه ينسب إلى ولايتهم ، وإنما قلنا : إن العربية يكون الفاضل من ميراث ولدها للمسلمين دونها لأن الأم لها رحم محض فلا يكون عصبة بالنسب على وجه كالأخوة من الأم ، وإنما قلنا إن عصبتها ليسوا عصبة لولدها لأنهم أخوال وذوا أرحام فلا تعصيب فيهم .

فصل [١٤ - إذا ولدت الملاعنة توأمين] :

وإذا ولدت الملاعنة توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم وأب لأن لعان أبيهما يسقط نسبهما منه دون توريثهما بينهم .

فصل [١٥ - الحكم في ميراث ولد الزنا] :

ولد الزنا لاحق بأمه ، والحكم فيه كالحكم في ولد الملاعنة إلا أنها إذا ولدت توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم بخلاف ولد الملاعنة لأنه لا شبهة لهما في نسبهما من واطء لأم .

فصل [١٦ - في أنساب الأعاجم] :

الأعاجم إذا انتسبوا [3] لم يقبل قولهم في أنسابهم في باب التوارث إلا أن تشهد بذلك بينة [4] بها ، فأما ما يقول [5] القائل منهم : هذا أخي ، هذا ابني[6] فلا يقبل منه ذلك [7] ،لأنه يريد بذلك قطع استحقاقنا لإرثه فلا يقبل ،

---

(١) انظر المدونة : ٨٦/٣ ، التفريع : ٣٣٧/٢ ، الكافي : ٥٥٥ .

(٢) انظر المغنى : ٢٦٠/٦ .

(٣) في م : سبوا .

(٤) في م : أن يشهد بينة بسببها .

(٥) في ق : بقول .

(٦) في م : وهذه بنتي .

(٧) انظر المدونة : ٨٨/٣ ، التفريع : ٣٣٨/٢ ، الكافي : ٥٥٦ .

فإن كانت ولادتهم في دار الإسلام فإن أنسابهم تثبت ، فأما بلدان أعاجم المسلمين الذين يحفظون أنسابهم فإنهم كالعرب في ثبوتها والحكم بها [١] .

فصــل [١٧ - ميراث ذوي الإرحام] :

ولا يرث ذوو الأرحام شيئاً [٢] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي [٣] ، وهم من عدى السبعة عشر الوارثين بالأسباب الثلاثة ، وعدة أصول ذوي الأرحام أربعة عشر : ولد البنات ، والجد أبو الأم ، والجدة أم أبي الأم [٤] ، وولد الأخ للأم، وولد الأخوات ، وبنات الأخوة وبنات العمومة ، والعمة وولدها والخال والخالة وولداهما والعم أخو [٥] الأب لأمه ومن جرى مجراهم في هذا [٦] النسب ، ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ دعي لجنازة فقيل ترك عمة وخالة فقال : « اللهم وعمة وخالة » ثم قال « ما أجد لكما في كتاب الله شيئاً » [٧] ، وفي بعض طرقه « أن جبريل يخبرني أنه لا شيء لهما » [٨] ولأن كل بنت [٩] انثى لم ترث مع أختها إذا انفردت أصله بنت المولى ، ولأن المولى المنعم لما قدم على ذوي الأرحام دل على أنه لا حق لهم في الإرث لأن الولاء [١٠] لا يتقدم على النسب .

---

(١) في ق : في ثبوتهم الحكم بها .

(٢) انظر الموطأ : ٥١٨/٢ ، التفريع : ٣٤٢/٢ ، الرسالة : ٢٥٧، الكافي : ٥٦١.

(٣) انظر مختصر الطحاوي : ١٥١ ، الأم : ٨٠/٤ .

(٤) والجدة أم أبي الأم : سقطت من ق .

(٥) في ق : أخ .

(٦) في م : بعد .

(٧) أخرجه البيهقي : ٢١٢/٦ ، الدارقطني : ١٩/٤ ، بلفظ قريب منه .

(٨) أخرجه البيهقي : ٢١٣/٦ ، الدارقطني : ٩٩/٤ ، وقال : ولم يسنده غير مسعده، عن محمد بن عمرو وهو ضعيف والصواب مرسل .

(٩) بنت : سقطت من م .

(١٠) في م : المولى .

فصـل ١٨ - في الرد] :

إذا استوفى أهل الفروض [١] حقوقهم كان الفاضل [٢] لبيت المال ولا يرد على ذوي السهام ،[٣] وذهب علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى الرد وتابعه عليه ابن مسعود على اختلاف بينهم في كيفيته واتفقوا على أنه لا يرد على زوج ولا زوجة [٤] ،ودليلنا قوله تعالى في البنت ﴿ وإن كانت واحدة فلها النصف﴾[٥] ،وفي الأخت ﴿ فلها نصف ما ترك ﴾[٦] فلم تجز الزيادة عليه ، ولأن كل من ورث مقدارا من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيب كالزوج والزوجة ، ولأن المسلمين يعقلون عنه فجاز أن يرثوا ما فضل عن ذوي السهام كالموالي[٧] .

فصـل [١٩- في ميراث الخنثى] :

الخنثى يعتبر منها بالمبال ، فإن بال من الذكرحكم له بحكم الذكر ، وإن بال من الفرج حكم بحكم الأنثى ، وإن بال منهما جميعاً فهو الخنثى المشكل فيكون له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى متفق عليه [٨] ،لأن أسوأ أحواله أن يكون أنثى ، وما زاد عليها فتنازع بينه وبين بقية الورثة وليس لأحد الفريقين مزيه على صاحبه لأن الإشكال قائم فوجب أن يقسم بينهما كالتداعي ، والخلاف في هذه المسألة كبير [٩] جداً لا يحتمله هذا الباب .

---

(١) في م: الفرائض وفي ر : إذا استغرق أهل الفرائض .

(٢) في م : كان ما بقي .

(٣) انظر ، التفريع : ٢/ ٣٤٤ ، الكافي : ٥٦٩ .

(٤) انظر عبد الرزاق : ١٠/ ٢٨٧ ، ابن أبي شيبه : ١٠/ ٢٧٤ - ٢٧٥ ، المغني : ٦/ ٢٠١ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .

(٧) في ق : كالمولى .

(٨) انظر مراتب الإجماع : ١٠٠٩ ، المغنين : ٦/ ٢٥٣ .

(٩) في ق : كثير .

فصل [٢٠ - إذا اجتمع في شخص واحد سببان ورث بأقواهما] :

إذا اجتمع في شخص واحد سببان يورث بكل واحد منهما فرض مقدر : فإنه يرث بأقواهما ، ويسقط الأضعف سواء اتفق ذلك في المسلمين أو المجوس وذلك كالأم تكون أختا أو الأبنة تكون أختا ، ولا يلزم علي ما قلناه ابن عم يكون أخا لأم لأنه بكونه ابن عم لا يرث فرضا مقدرا وإنما يرث بالتعصيب (١) ،وقال أبو حنيفة يرث بالسببين جميعاً (٢).

وإنما قلنا ذلك لأنهما سببان يورث بهما عن جنس واحد فإذا اجتمعا لم يرث بهما كالأخ يكون مولى أو ابن عم يكون مولى (٣) ،ولأنهما قرابتان يورث بكل واحدة فرضا مقدرا فإذا اجتمعا لم يرث بهما ، ثم كذا أخت للأب (٤) والأم لأن كونها أختا لأب يوجب النصف ولأم يوجب السدس ، ثم إذا اجتمعت القرابتان لم ترث بالجميع وورثه بالأقوى .

* * *

(١) انظر الرسالة : ٢٥٣ ، الكافي : ٥٧٠ .

(٢) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ١٩٨/٤ .

(٣) وابن عم يكون مولى : سقطت من ق .

(٤) في م : كالأخت للاب .

(٥) وورثه بالأقوى : سقطت من م .

باب [- الوارثون من الرجال والنساء]

المجتمع على توريثهم من الرجال عشرة : الابن وابن الأبن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا [1] ، والأخ من أي جهه كان وابن الأخ وإن سفل ، والعم وابن العم وإن سفل ، والزوج ومولى النعمة [2] ، ومن النساء سبعة : الابنة وابنة الابن وإن سفلت ، والأم والجدة وإن علت ، والأخت والزوجة والمولات وكل واحد من الرجال إذا انفرد بالمال أحرزه إلا الزوج والأخ لأم وليس من النساء من يحوز المال إلا المولات فقط [3] .

فصــل [١ - أقسام المواريث] :

والمواريث ضربان : ضرب بتعصيب ، وبفرض مقدر ، فالعصبة إذا انفرد بالمال أحرزه وأن كان معه ذو سهم أخذ ما فضل عنه قل أو كثر ، وإن لم يفضل شيء سقط والفرض لا يستحق من يرث به شيئاً سواه لا بزيادة ولا بنقصان إلا أن يحجب عنه أو ينقصه العول عند مزاحمة غيره له على ما سنبينه[4] .

فصــل [٢ - في أقسام الفروض] :

والفرض ضربان [5] : فرض هو أصل مقدر بالنص وفرض ليس بأصل ولكنه يثبت لعارض أوجب خروجه عن الأصل ، فأما الفروض التي هي أصول فستة

---

(١) وإن علا : سقطت من ق .

(٢) مولى النعمة : وهو المعتق - بضم الميم وكسر التاء - (المصباح المنير : ٦٧٢) .

(٣) انظر الموطأ : ٥٠٣/٢ ، التفريع : ٣٣٨/٢ ،الرسالة : ٢٥٢ ، الكافي : ٥٦١.

(٤) انظر : التفريع : ٣٣٨/٢ ، الرسالة : ٢٥٢ ، الكافي : ٥٦٢ ، ٥٦٨ .

(٥) في م : ضرب .

وهي[1] : النصف ونصفه وهو الربع ونصفه وهو الثمن ، والثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصفه وهو السدس :

فالنصف فرض خمسة : ابنة الصلب إذا لم يكن معها ابن وابنه الابن إذا انفردت ، والأخت للأب وللأم إذا انفردت ، والأخت إذا انفردت ، والزوج إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن .

والربع : فرض صنفين الزوج مع الولد أو الولد الابن ، والزوجة والزوجات إذا اجتمعن ولم يكن للميت ولد ولا ولد ابن .

(والثمن : فرض صنف واحد وهو الزوجة والزوجات إذا اجتمعن مع الولد أو ولد الابن)[2] .

والثلثان : فرض أربعة فرض الاثنين فصاعداً من بنات الصلب (إذا انفردن ، وللأثنتين فصاعدا من بنات الابن إذا انفردن (والاثنتين فصاعدا من الأخوات للأب والأم ، و للأب إذا انفردن)[3] .

والثلث : فرض صنفين الأم مع عدم الولد أو ولد الابن ، أو الاثنين فصاعدا من الأخوات ، وفرض الاثنين فصاعدا (من ولد الأم .

والسدس : فرض سبعه فرض كل واحد من الأبوين ، والجد مع الولد أو ولد الابن ، وفرض الجدة والجدات إذا اجتمعن ، وفرض بنات الابن مع الواحدة من بنات الصلب إذا انفردن ، وفرض الأخوات للأب مع الواحدة من الأخوات للأب والأم إذا انفردن ، وفرض الواحد)[4] من ولد الابن ذكرا كان أو أنثى

---

(١) انظر : الموطأ : ٢/٥٠٦ ، التفريع : ٢/ ٣٤٠ ، الرسالة : ٢٥٢ ، الكافي : ٥٦٢ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

وأما الفرض الخارج عن هذه فهو الثلث ما بقي في ثلاث [1] (مسائل وهي : زوج أو زوجة وأبوان فإنه يفرض للأم فيها ثلث ما بقي) [2] ،وفي مسائل الجد مع الأخوة إذا كان معهم ذو سهم وكان ما بقي أحظي له .

فصل [٣ - في الحجب] :

الحجب [3] ضربان [4] : إسقاط وحجب عن بعض الميراث ، .

فأما الأسقاط فلا يكون في خمسة ويكون فيمن عداهم فولد الصلب والأبوان والزوجان لا يسقطون بوجه ، ويسقط ولد الابن بذكور ولد الصلب (ويسقط الجد بالأب فقط) [5] ويسقط الاخوة والأخوات مع ثلاث ذكور ولد الصلب وولد الابن ومع الأب هذا في الجملة ، فأما التفصيل فيسقط ولد الأب بذكور ولد الأب والأم ومن يسقطهم ، ويسقط ولد الأم بأربعة ولد [6] الصلب وولد الابن وبالأب وبالجد ويسقط بنو الاخوة ببني الأخوة للأب وللأم ، (ويسقط العمومة بنو الأخوة) [7] ويسقط بنو العمومة وكل من أسقط غيره ويسقط من المسقط [8] ، وتسقط الجدات بالأم ، وتسقط أم الأب بالأب ، ومن قربت درجته منهن أسقطت البعدى إذا كانت من جهتها فإن كانت من جهتين فإن القربى

---

(١) في م : وفي .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) الحجب : في اللغة المنع (المصباح المنير : ١٢٠).

(٤) انظر الموطأ : ٢/٥٠٣ - ٥١١ ، التفريع : ٢/٣٣٩ - ٣٤٠ ، الرسالة : ٢٥٧، الكافي : ٥٦٨ - ٥٧٠ .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) في ق : بولد .

(٧) ما بين قوسين سقط من م .

(٨) في م : أسقط من المسقط .

من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب والقربى من جهة الأب (لا تسقط البعدى من جهة الأم [١]) [٢] بل تشاركها في الميراث ، ولا ترث من الجدات إلا جدتان أم الأم وأمهاتها وأم الأب وأمهاتها، ولا ترث أم جد ، فإذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقطت [٣] بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل فيعصبهن ويقسم ما بقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت [٤] بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل منهن فيتعصبهن ويقسم ما بقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت [٥] الأخوات للأب إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن لا أنزل منهن ، ولا يعصبه ولد الأخوة الأخوات بخلاف ولد الابن في تعصيبهم بنات الابن الأعلين ، وأربعة من الذكور يعصبون الإناث في درجتهم : ولد الصلب الذكور وذكور ولد الابن والإخوة للأب والأم والأخوة للأب كل صنف من هؤلاء يقتسمون المال مع إناثهم في درجتهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ولس في النساء عصبة إلا الأخوات للأب والأم أو للأب [٦] إذا انفردن عن إخوة في درجتهن مع بنات الصلب أو بنات الابن فإنهن يكن عصبة ، وترث البنت النصف والبنات الثلثين وتأخذ الأخوات ما بقي هذا حجب إسقاط .

وأما الحجب عن بعض الفروض فيحجب الزوج عن النصف إلى الربع

---

(١) في ق : من جهتها .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في م : وجهاتها .

(٤) في م : سقط .

(٥) في م : سقط .

(٦) أو للأب : سقطت من م .

والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن ذكورهم وإناثهم فقط ، ويحجب الأم عن الثلث حجبان : حجب إلى السدس وهو بالولد وولد الابن أو الاثنين فصاعدا [1] من الأخوة والأخوات ، وحجب إلي الثلث ما بقي يحجب بها الأب في مسألتين :وهما زوج وأبوان ، وأمرأة وأبوان ، ويحجب الأب إلى السدس الولد وولد الابن فإن كان الولد ذكورا أخذوا الباقي ، وإن كانوا إناثا أخذن فروضهن وأخذ الأب السدس معهن وكان ما بقي له بالتعصب .

*   *   *

(١) فصاعدا : سقطت من م .

باب [- فيمن يحجبون]

وأما الجد فله باب ينفرد به ولا يحجب إلا من يرث ولا يحجب عبد ولا كافر ولا يحجب غير الوارث إلا في موضوع واحد وهو الاخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولا يرثون مع الأبوين [1] شيئاً .

فصل [١ - في أدلة الفروض وأصحابها] :

النصوص الواردة بتوريث من ذكرناه من عدد الذكور والإناث والإجماع عليه[2] مغن عن زيادة فيه ، وإنما قلنا إن ما فضل عن ذوي السهام للعصبه لقوله ﷺ : « ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » [3] ، وإنما قلنا إنه إذا لم يفضل شيء فلا شيء لهم فإن ذوي السهام إذ أقدموا عليهم كان حقهم فيما فضل عنهم فإذا استغرق ذو [4] السهام المال سقطوا .

وإنما قلنا إن ذوي السهام لا يستحقون زيادة على سهامهم لأن الزيادة على ذلك لا تستحق إلا برد أو تعصيب والرد قد أبطلناه ، والتعصيب يستحق الزيادة به، وإنما قصرنا الفروض على الستة المقدرة لأن النص لم يرد بما سواها ، وللإجماع على أنه لا مدخل لنا في الفروض [5] فيها من خمس أو سبع أو تسع أو عشر فوجب قصرها على ما ذكرناه .

---

(١) في م : مع الأب .

(٢) انظر بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/٢٥١ ، المحلي : ١٠/٣١٢ ، المغني : ٦/١٦٨ .

(٣) أخرجه البخاري في الفرائض باب ميراث الولد من أبيه وأمه : ٧/٥ ، ومسلم في الفرائض باب ألحقوا الفرائض بأهلها .. : ٣/١٢٣٣ .

(٤) ذووا : سقطت من م .

(٥) في م : لا مدخل في الفروض وفي ق : لا مدخل للباقي للفروض .

وإنما قلنا إن فرض البنت الواحدة النصف لقوله تعالى : ﴿ وإن كانت واحدة فلها النصف ﴾ [1] ولا خلاف فيه [2] ، وإنما قلنا إن البنتين فأكثر لهما الثلثان لقوله تعالى ﴿ وإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ﴾ [3] ولا خلاف فيه أيضاً[4] .

وإنما قلنا إن للأثنين الثلثان [5] خلافاً لمن ذهب إلى أن لهما النصف [6] لأنه قال تعالى ﴿ فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ﴾ [7] فبين حكم الواحدة وحكم ما زاد على الاثنتين ، فكان مفهومه إن كن نساء اثنتين [8] فما فوقهما فلهن الثلثان ، ولأن لابنة [9] الابن مع بنات الصلب السدس تكملة الثلثين ، وفائدة ذلك أنها تقوم معها مقام بنت أخرى في استغراق الثلثين ، ولأن كل إناث كان فرض الثلاث منهن الثلثين فكذلك فرض الابنتين أصله الأخوات وإنما قلنا إن فرض الواحدة من بنات الابن النصف وفرض الاثنتين فصاعدا الثلثان

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٢) انظر بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/ ٥٢١ ، المحلي : ١٠/ ٣١٤ - ٣١٥ ، المغني : ٦/ ١٧٢ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٤) انظر الإجماع : ٧٩ ، بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحايث البداية : ٨/ ٢٥١ المحلي : ١٠/ ٣١٤ - ٣١٥ ، المغني : ٦/ ١٧٠ .

(٥) الثلثان : سقطت من م .

(٦) في رواية شاذة عن ابن عباس أنه قال : إن فرضهما النصف (انظر المغني : ٦/ ١٧٠) .

(٧) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٨) في م : فوق اثنتين .

(٩) ففي م : لبنت .

للإجماع على قيام ولد الابن مقام ولد الصلب عند عدمهم ولا خلاف في ذلك[1] .

وإنما قلنا إن فرض الواحدة من الأخوات للأب والأم أو للأب النصف ، وفرض الاثنتين فصاعدا الثلثان لقوله تعالى : ﴿ إن امرؤٌ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك . . . إلى قوله تعالى: فلهما الثلثان مما ترك ﴾ [2] وهذا عام في الشقائق وولد الأب [3] ، وإنما قلنا إن كل ما زاد على الاثنتين فرضها الثلثان (لأن كل عدد زاد على الواحدة ممن فرضها النصف ففرضه الثلثان)[4] كالبنات وكالابنتين .

وإنما قلنا إن فرض الزوج مع عدم الولد وولد الابن النصف ، ومعهم الربع لقوله تعالى ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن ﴾ [5] فلا خلاف في ذلك [6] ، وإنما قلنا الفرض للزوجة والزوجات مع عدم الولد وولد الابن الربع ومع وجودهم الثمن لقوله تعالى : ﴿ ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم ﴾ [7] ولاخلاف فيه [8] .

---

(١) انظر بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث البداية : ٨/ ٢٥٦ ، المحلي : ١٠/ ٣٤٥ ، المغني : ٦/ ١٧٢ .

(٢)سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .

(٣) في ق : وولد الابن .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

(٥) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

(٦) انظر الأجماع : ٨١ ، بداية المجتهد - مع الهداية : ٨/ ٢٥٧ ، المحلي : / ٣٤٦ ١٠ ، المغني : ٦/ ١٧٨ .

(٧) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

(٨) انظر الإجماع : ٨١ ، بداية المجتهد مع الهداية : ٨٠/ ٢٥٧ ، المحلي: ١٠/ ٣٢٦ المغني : ٦/ ١٧٨ .

وإنما قلنا إن فرض الأم الثلث لقوله تعالى : ﴿ وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾[١]، وإنما قلنا إن فرض الواحد من ولد الأم السدس ، وإن فرض مازاد عليه الثلث لقوله تعالى : ﴿ وله أخ أو أخت فلكل منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ [٢] ، واتفق على أن المراد به الأخوة من الأم[٣] .

وإنما قلنا إن فرض الأبوين مع الولد أو ولد الابن السدس لقوله تعالى : ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ [٤] وإنما قلنا إن الجد كالأب [٥] للإجماع على قيامه مقام الأب في ذلك عند عدمه [٦] ، وإنما قلنا إن الجدة ترث وأن فرضها السدس ، وكذلك الجدات لإجماع الصحابة على توريثهن ، وروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال : ما أجد لك في كتاب الله شيئاً حتي روي له المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمه أن رسول الله ﷺ «أطعم الجدة [٧] السدس » [٨] ، ولأن أم الأم أقيمت مقام الأم عند عدم الأم كما أقيم أبو الأب عند عدم الأب مقام الأب [٩] فجعل لها أنقص فرضي الأم وهو السدس .

---

(١) سورة النساء الآية : ١١ .

(٢) سورة النساء الآية : ١٢ .

(٣) انظر تفسير الطبري : ٤/ ٢٨٧ ، الجامع لأحكام القرآن : ٥/ ٧٨ .

(٤) سورة النساء الآية : ١١ .

(٥) في م : كذلك .

(٦) في م : عدم الأب .

(٧) في م : أم الأم .

(٨) أخرجه أبو داود في الفرائض باب في الجدة : ٣/ ٣١٨ ، وابن ماجة في الفرائض باب ميراث الجدة : ٢/ ٩٠٩ ، والترمذي في الفرائض باب ما جاء في ميراث الجدة : ٤/ ٣٦٥ وصححه ، والحاكم : ٤/ ٣٣٨ ، وقال على شرط الشيخين .

(٩) مقام الأب : سقطت من م .

وإنما قلنا إنهن بينهن إذا اجتمعن لحديث أبي بكر رضي الله عنه أنه شرك بينهما[١] ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ما أنا بزائد في الفرائض شيئاً هو السدس فإن اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها [٢] ،ولأن كل أنثى لها فرض مقدر [٣] لا يتغير ولا يساويها الذكر فيه فإذا اجتمعت مع غيرها من جنسها شوركت فيه كالثمن للزوجات .

وإنما قلنا إن فرض بنات الابن (مع بنت الصلب السدس تكمله الثلثين لأجماع الصحابة عليه ، ولأن بنات الابن أقمن مقام بنات) [٤] الصلب فيجب أن يأخذن ما كان بقدر نصيب بنت الابن لو كانت للصلب ، فلما لم يمكن ذلك لاستحقاق هذه الابنة للنصف أخذت الفاضل وهو السدس ، وإنما قلنا لا يزدن عليه [٥] لأنهن لا يبلغن في القوة مبلغ البنات الصلب وقد ثبت أن بنات الصلب وإن كثرن فلا يزدن على الثلثين فكذلك فيمن قام مقامهن ، وإنما قلنا إن ولد الأب الإناث يأخذن مع الواحدة من ولد الأب والأم السدس للإجماع على أن ولد الابن يقوم مقام ولد الأب والأم عند عدمهم [٦] كقيام ولد الابن مقام ولد الصلب .

فصـــل[٢ - في فرض الواحد من ولد الأم] :

وإنما قلنا إن الواحد من ولد الأم فرضه السدس ذكرا كان أو أنثى ، و إن فرض الجماعة الثلث لقوله تعالى ﴿ وإن كان رجل يورث كلالة أو أمرأة وله أخ أو

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٥١٣ - ٥١٤ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٥١٤ .

(٣) في ق : مقتدر .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) في م : عليهن .

(٦) في ق : عدمهن .

أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾[1]، ولاخلاف فيه [2] .

وإنما قلنا في زوج وأبوين ، وامرأة وأبوين [3] إن للأم ثلث ما بقي خلافاً لإحدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ، وهو قول ابن عباس [4] لأنا لو أعطيناها الثلث بكماله كنا قد فضلناها على الأب وذلك غير جائز أصله حال الانفراد .

وإنما قلنا إن ولد الابن يسقطون بذكور ولد الصلب خاصة للإجماع على ذلك[5] ، ولأن ميراثهم لقيامهم مقام ولد الصلب فوجب سقوطهم مع وجودهم، وإنما قلنا إنهم لا يسقطون مع غيرهم لأنهم أقوى تعصيبا من سائر الورثة عدى ولد الصلب ، ولأنهم لما قاموا مقام ولد الصلب [6] وجب أن لا يسقطوا بغيرهم اعتباراً بهم ، وإنما قلنا إن الجد يسقط بالأب لاجماع الأمة [7] ، ولأنه يدلي [8] به فلم يرث معه ، وإنما قلنا إن الأخوة والأخوات يسقطون مع ذكور الولد وولد الابن لأن تعصيب البنوة أقوى وأقرب من تعصيب الأخوة

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

(٢) انظر الإجماع : ٨٢ ، بداية المجتهد - مع الهداية: ٨/ ٢٥٩ ، شرح مسلم للنووي : ٧/ ٦١ ، المحلي : ١٠/ ٣٣٧ ، المغني : ٦/ ١٧٤ - ١٧٥ .

(٣) وتعرف هاتين المسألتين بالعمريتين لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الذي حكم فيها وأعطى الأم الثلث الباقي بعد إعطاء الزوج الباقي فريضته .

(٤) انظر البيهقي : ٦/ ٢٢٨ ، وعبد الرزاق : ١٠/ ٢٥٣ . .

(٥) انظر بداية المجتهد مع الهداية : ٨/ ٢٥٤ ، المحلي : ١٠/ ٣٧٨ ، فتح الباري : ١٢/ ١٦ .

(٦) في م : مقامهم .

(٧) انظر: الإجماع : ٨٤ ، بداية المجتهد مع الهداية : ٨/ ٢٦٤ ، شرح مسلم للنووي: ٧/ ٥٥ ، فتحن الباري : ١٢/ ١٠ .

(٨) في ق : بدىء به .

سقوطهم [١] به ، ولأن ولد الابن أقرب من الاخوة وهم يسقطون (مع ذكور ولد الصلب فكان الاخوة أولى ، وإنما قلنا إنهم يسقطون) [١] مع الأب لأن الأب آكد منهم تعصيبا [١] وأشد منهم قرباً لانضمام الرحم إلى تعصيبهم .

فصل[٣ - في التعصيب] :

وقد بينا أن من قوى تعصيبه أسقط من ضعف عنه ، وإنما قلنا إن ولد الأم يسقطون بإناث ولد الصلب وولد الابن لأن من حق الاخوة أن يرثوا مع الولد بالتعصيب بدليل أن الإناث منهن يصرن مع البنات عصبة بانفرادهن في ولد الأم[٤] وولد الأم لا تعصيب فيهم ، وإنما قلنا إنهم يسقطون مع الأب والجد لأن تعصيب الأبوة يسقط تعصيب الأخوه ، ولقوله تعالى : ﴿ إن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت ﴾ [٥] فقيل فيه : إن الكلالة أحد عمودي النسب، وإنما قلنا إن بني الأخوة يسقطون بالأخوة لأنهم يدلون بهم ، ولأن الأخوة أقرب من بني الأخوة كما أن ولد الصلب أقرب من ولد الابن .

وإنما قلنا إن الأخوة يسقطون بالجد لأن الجد أقوى تعصيبا منهم لأنه يدلي بالأبوة وبنو الأخوة [٦] يدلون بالأخوة لأن الجد يدلي بالأبوة (وابن الأخ يدلي بالأخ فكان الجد أولى ، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون ببني الأخوة لأن بني الأخوه أقرب لأنهم يدلون بالبنوة ، والعم يدلي بالأبوة لأن ابن الأخ يقول إني

---

(١) في ق : سقوطهن .
(٢) ما بين قوسين سقط من م .
(٣) في م : لأن الأب أقرب تعصيبا منهم .
(٤) في ولد الأم : سقطت من ق .
(٥) سورة النساء ، الآية : ١٢ .
(٦) في م : وبنو الأخ .

ابن ابنك والعم يقول) [١] أنا أخو أبيك فكان ابن الأخ أقرب ، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون أولادهم [٢] لأنهم بهم يدلون .

وإنما قلنا إن الجدات يسقطن بالأم لأن توريثهن إنما كان لأنهن أقمن مقام الأم وجعل لهن أقل نصيبا فوجب سقوطهن معها ، وإنما قلنا إن أم الأم لا تسقط بالأب لأنها أقيمت مقام الأم فلما لم تسقط الأم بالأب كذلك من أقيم مقامها ، ولا يلزمه عليه أم الأب لم تقم مقام الأب وإنما أقيم جملة الجدات مقام الأم .

وإنما قلنا إن أم الأب تسقط مع الأب خلافاً لابن مسعود وغيره [٣] ، اعتبارا بأبي الأب بعلة أنه يدلي بتعصيبه فإذا وجد أسقطه وإنما قلنا إن القربى منهن تسقط البعدى من جنسها اعتباراً بالأم والجدة ، ولأن البعدى تدلي بالقربي ، وإنما قلنا إن القربي من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب لأن الأم تسقط أم الأب[٤] كذلك أم الأم تسقط أم الأب ، وإنما قلنا إن البعدى من جهة الأم لا تسقط القربى من جهة الأب خلافاً لما روي عن ابن مسعود وهو أحد قولى الشافعي[٥]، لأن أم الأب تدلي بالأب والأب إذا اجتمع مع أم الأب لم يحجبها فبأن لا يحجبها من يدلي بالأم [٦] أولى . وإنما قلنا إن أم أبي الأب لا ترث شيئاً خلافاً لما روي عن زيد بن ثابت وغيره [٧] لأنها أم جد فأشبهت أم أبي الأم [٨] ، ولأن

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) في ق : الأباء .

(٣) روي عن ابن مسعود وأبي موسى وعمران بن الحصين و أبو طفيل : ورثوها مع ابنها وهو ظاهر مذهب أحمد وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري واسحق وابن المنذر .

(انظر المغني : ٢١١/٦ ، المحلي : ٢٧٧/٩ ، عبد الرزاق : ٢٧٧/١٠) .

(٤) في م : أم الأم .

(٥) انظر سنن البيهقي : ٢٣٦/٦ ، والمهذب : ٢٧/٢ .

(٦) في م : الأب .

(٧) انظر المغني : ٢٠٩/٦ - ٢١٠ .

(٨) في م : أم جد .

جهة [١] الأم في باب الجدات أقوى من جهة الأب فإذا لم يرث من جنبتها إلا جدتان فجهة الأب بذلك أولى .

وإنما قلنا إن بنات الصلب إذا استكملن الثلثين سقط بنات الأبن لأن حقهن كان في تكميل الثلثين لقيامهن مقام بنت أخرى من بنات الصلب إذا كان بنات الصلب أكثر من واحدة سقطن معهن ، وإنما قلنا إنه إذا كان معهن ذكر في درجتهن عصبهن خلافاً لابن مسعود في قوله لا شيء لهن وأن الباقي للذكر وحده [٢] ، لأنه مال ورثه بنو الابن بالتعصيب فوجب أن يشاركهم بنات الابن فيه أصله جهة المال [٣] وهو مال الانفراد ، وإنما قلنا إنه إذا كان أنزل منهن ذكر عصب من فوقه لأن أصول الفرائض مبنية على أنه لا يجوز أن يرث الأبعد من الولد ويسقط الأقرب ، ولأنا وجدنا البطن الأوسط أقرب من البطن الأسفل ألا ترى أنه إذا اجتمع ثلاث بنات بعضهن [٤] أسفل من بعض كان للبنت العليا النصف وللوسطى السدس وتسقط السفلى ، وإذا ثبت ذلك ثم اتفقنا على أنه لو كان مع السفلى ذكر فى درجتها عصبها كان بأن يعصب الوسط أولى .

وإنما قلنا إنه إذا استكمل ولد الأب والأم الثلثين سقط الأخوات للأب للعلة التي ذكرناها في سقوط بنات الابن إذا استكمل بنات الصلب الثلثين ، وكذلك تعصيب إخوتهن لهن ، وإنما قلنا إن الذكر الأنزل منهن لا يعصب عماته بخلاف ولد الابن لمعنيين : أحدهما أن ابن الابن [٥] لما عصب من في درجته جاز أن يعصب من فوقه ، وليس كذلك ابن الأخ [٦] لأنه لا يعصب من

---

(١) في م : جنبة .

(٢) انظر البيهقي : ٦/ ٢٣٠ ، عبد الرزاق : ١٠/ ٢٥١ .

(٣) في ق : جملة المال .

(٤) في م : ثلاث بنات ابن بعضهن .

(٥) في م : أن أبن أبن الابن .

(٦) في م : ابن الأم .

في درجته فلم يعصب من فوقه ، والآخر أن الذي يعصب غيره من حقه أن يشاركه في الجهة [(١)] التي يعصبها بها كابن الابن [(٢)] يشرك من فوقه في البنوة فعصبهن ، وابن الأخ لا يشارك الأخت في الاخوه فلم يعصبها .

وإنما قلنا إن ولد الصلب يقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ [(٣)] وقد بينا أن ولد الابن يقومون مقام ولد الصلب فكان حكمهم عند عدمهم كحكم ولد الصلب وإنما قلنا إن الأخوة للأب والأم أو للأب يقسمون المال إذا تفردوا للذكر مثل حظ الأنثيين (لقوله تعالى ﴿ وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾[(٤)])[(٥)] .

وإنما قلنا إنه ليس في النساء عصبة لأنهن يرثن بفرض مقدر والعصبة لاترث بفرض لأن ذلك ميراث الرحم ، وإنما قلنا إن الأخوات يكن عصبة مع البنات خلافاً لمن قال لا يرثن أصلا مع البنات [(٦)] ، لقوله تعالى : ﴿ وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ [(٧)] فعم ، وحديث أبي موسى [(٨)] وسلمان بن ربيعه [(٩)] لما سألهما السائل عن بنت ابن وأخت فقط فقالا : للبنت النصف وما

---

(١) في ق : الجملة .

(٢) في م : كابن ابن الابن .

(٣) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .

(٥) ما بين قوسين يسقط من م ومن ر .

(٦) يروى عن ابن عباس ومن تابعه أنه لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة (انظر المغني : ٦/ ١٦٨) .

(٧) سورة النساء ، الآية : ٧ .

(٨) أبو موسى : عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار ، وأبو موسى الأشعري ، صحابي مشهور ، أمر عمر ثم عثمان وهو أحد الحكمين بصفين مات سنة خمسين وقيل بعدها (تقريب التهذيب : ٣١٨) .

(٩) سلمان بن ربيعة : بن يزيد بن عمرو بن سهم الباهلي ، وأبو عبد الله سلمان الخيل يقال له صحبة ولاه عمر قضاء الكوفة ، وغزا أرمينيه في زمن عثمان فاستشهد (تقريب التهذيب : ٢٤٦) .

بقي للأخت ، وإيت ابن مسعود فاسأله : فأتاه فأخبره فقال : سأقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي للأخت [1] ، ولأن الأخت مع ابن العم إذا اجتمعا لم يجز أن يحصل الإرث [2] لابن العم وتسقط الأخت أصله إذا انفرد [3] .

وإما حجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن فللنص الوارد به ، وللإجماع إلا من شذ ولا يعتد به في قوله أن ولد الابن لا يحجبون [4] ، وإنما قلنا إن الأم يحجبها عن الثلث إلى السدس الولد لقوله تعالى : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾[5] ، ولا خلاف فيه [6] ، وإنما قلنا إن الأخوة يحجبونها إلى السدس لقوله تعالى : ﴿ فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾ [7] ، وإنما قلنا إن الحجب يحصل بالأخوين خلافاً لابن عباس في قوله : إن الحجب لا يكون إلا بثلاثة [8] لأنه فرض يتغير بعدد من الإخوة ، والأخوات فوجب أن يتغير بالاثنين أصله شركة ولد الأم في الثلث ، والتعلق بالظاهر على قول مالك رحمه الله بعيد لأن أصوله تدل على أن أقل الجمع ثلاثة ، وإنما يتم على قول من يقول من أصحابنا أن أقل الجمع اثنان ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون وغيره من أصحابنا .

وإنما قلنا إن الولد يحجب [9] الأب إلى السدس للنص ، وقلنا إن ذكور

---

(١) أخرجه البخاري في الفرائض باب ميراث ابنه ابن مع ابنة : ٦/٧ .

(٢) في م : يخلص . (٣) في م : انفردوا .

(٤) انظر الإجماع : ٨١ ، المغني : ١٧٨/٦ .

(٥) سورة النساء، الآية : ١١ .

(٦) انظر الإجماع : ٨١ ، المحلي : ٣٢٣/١٠ ، المغني : ١٧٦/٦ .

(٧) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٨) انظر البيهقي : ٢٢٧/٦ ، المحلي : ٢٥٨/٩ ، المغني : ١٧٦/٦ .

(٩) في م : يحجبون .

الولد يأخذون باقي المال لقوله ﷺ « ما أبقت الورثة فلاولي عصبة ذكر »[1] ، و قلنا إنه إذا لم يكن غيره أخذ الباقي بالتعصيب لأنه ليس ثم من هو أولى منه فكان له بالخبر الذي رويناه وإنما قلنا لا يحجب عبد ولا كافر خلافاً لابن مسعود في حجبه لهم وما حكى[2] عنه أنهم يحجبون عن بعض المال دون جميعه[3] لأن كل من لا مدخل له (في الإرث بحال فلا مدخل له)[4] في الحجب أصله ذوو الأرحام ، ولا يدخل عليه الاخوة للأم مع الأبوين لأن لهم مدخل[1] في الإرث ، ولأنه أحد نوعي الحجب كالإسقاط .

* * *

(١) سبق تخريج الحديث ص ١٦٦٤ .

(٢) في ق : عنهم .

(٣) انظر البيهقي : ٢٢٣/٦ ، ابن أبي شيبه : ٢٧٢/١٠ ، المغني : ١٨١/٦ .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

(٥) في م : مدخلا .

باب [- في ترتيب المواريث على النسب]

قد بينا ترتيب المواريث على السهام ، ورأينا إعادته مرتبا على النسب ليجتمع لمن يريد معرفة كل فصل منه [1] والله الموفق للصواب ، وقد بينا أن الميراث لا يخلو أن يكون بنوة أو أبوة أو أخوة أو بنو أخوة أو عمومة أو بنو عمومة [2] ونحن نبين كل نوع منه .

فصـل [١ - في ميراث ولد الصلب] :

وأما ولد الصلب فإن الذكر منهم يحوز المال إذا انفرد به والذكور يقتسمونه بالسوية ، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه وأقتسموا الباقي علي ما ذكرناه من حوز المنفرد له وتساوي الجماعة فيه ، والبنت الواحدة إذا لم يكن أحد من ذكور ولد الصلب تأخذ النصف والاثنتان فما فوقهما الثلثان ، (فإن كان مع الواحد أو الجماعة من البنين) [3] زالت فرائضهن واقتسموا (المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان معهم ذو فرض بدىء به واقتسموا هم) [4] الباقي على ما ذكرناه ، وقد دللنا على هذه الجملة ، ولا يسقط ولد الصلب بوجه [5] .

فصـل [٢ - في ميراث ولد الابن] :

وأما ولد الابن فسبيلهم إذا لم يكن أحد من ولد الصلب في الميراث سبيل

---

(١) في م : كل فصل منه وفي ق : كل فعل منه .

(٢) أو بنو عمومة : سقطت من ق .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) انظر الموطأ : ٥٠٣/٢ ، التفريع : ٣٤١/٢ ، الرسالة : ٢٥٣ ، الكافي : ٥٦٣ .

ولد الصلب يرثون كما يرثون ويحجبون من يحجبون إلا أنهم [1] يسقطون مع ذكور ولد الصلب ، وتأخذ ابنة الصلب معهم النصف والابنتان فصاعدا الثلثان يكون الباقي لولد الابن إن كانوا ذكورا وإناثاً في درجته وإن كن إناثاً فقط أخذت الابنة النصف ، وإناث ولد الابن الواحدة أو الجماعة السدس تكملة الثلثين ، وكان ما بقي لذكر إن كان أنزل منهن أو لغيره من العصبة ، وإن كن إناث ولد الصلب أكثر من واحدة أخذن الثلثين ، ثم ينظر فإن كان ولد (الابن ذكورا أو ذكورا وإناثاً في درجة أخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا يعتبر الأضر بهن من السدس أو المقاسمة ، وإن كن إناثاً فقط فلا شيء لهن والباقي للعصبة ، وإن كان معهن ذكر أنزل منهن عصب من فوقهن منهن وأخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن بنات ابن بعضهن أسفل من بعض أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين وسقطت السفلي إلا أن يكون معها أو أنزل منها ذكر فيعصبها أو يعصب من معه في درجته معها ، وإن كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقي مقاسمة وسقط من بعده ، وإن كان العليا اثنتان أخذتا الثلثين وسقطت الوسطى ومن بعدها إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل[2] .

وكل هذا قد دللنا عليه في الباب الأول فلا حاجه بنا إلى إعادتها إلا في موضع واحد وهو أخذ ولد الابن مع بنت الصلب ما بقي فإنا نقول يأخذونه مقاسمة ويسقط السدس وهو قول علي وزيد رضي الله عنهما ، وقال ابن مسعود يعتبر ما هو أضربهن من السدس أو المقاسمة فيكون لهن [3] .

وإنما قلنا ذلك لأن حق [4] كل ذكور عصبوا إناثهم في موضع عصبوهن في

---

(١) في ق : لأنهم .

(٢) انظر المراجع : التي سبق ذكرها .

(٣) انظر البيهقي : ٦/ ٢٣٠ ، وابن أبي شيبة : ١٠/٢٤٩ - ٢٥٠ ، المحلي : ٩/ ٢٧١ ، المغني : ٦/ ١٧٣ .

(٤) حق : سقطت من ر .

كل موضع أصله البنون والبنات والأخوة والأخوات ، و لأنه لما لم يعتبر هذا الأضرار فى الانفراد فكذلك فيما يأخذونه باقياً عن ابنة الصلب ولأن الإضرار بهن ولا وجه لاعتباره بل لا فصل بين القائل به وبين معتبر الأضرار بالذكور .

فصـل [٣ - في ميراث الأب و الأم] :

وأما الأب فلا يسقط بوجه ، وله ثلاثة أحوال : حال يأخذ فيها بالتعصيب المحض ، وحال يأخذ فيها بالفرض المحض ، وحال يأخذ فيها بالفرض والتعصيب ، ونحن نبين ذلك :[1] أما أذا انفرد بالمال فإنه يحوزه فإن كان معه ذو فرض سوى إناث الولد أو ولد الابن فإنه يأخذ فرضه ويكون الباقي للأب ، وإن كان معه ولد أو ولد ابن ذكرا أو انثى أخذ السدس بالفرض ثم كان الباقي للذكور والإناث ، وإن لم تكن إلا إناث فقط أخذن فروضهن وأخذ هو السدس بالفرض وإن بقي شيء أخذه بالتعصيب .

وأما الأم ففرضها الثلث سواء انفردت بالمال أو كان معها غيرها لا تحجب عنه إلا في ثلاثة مواضع ، أحدها : أن يكون معها ولد أو ولد ابن ذكرا كان أو انثى، والثاني : أن يكون معها اثنان من الأخوة والأخوات يرثون أو يسقطون ، والثالث : أن يكون معها أبا [2] وزوج أو زوجة فإنها تأخذ منها ثلث ما بقي مع الأب وقد دللنا على هذا أيضاً فيما تقدم .

فصـل [٤ - في ميراث الجد] :

وأما الجد فلا يسقط إلا مع الأب ، وإذا انفرد بالمال أحرزه ،فإن كان معه ذو فرض بدىء به وأخذ الباقي عنه ، وإن كان معه ذكر من ولد الصلب أو ولد الابن أخذ السدس وأخذ الابن ما بقي ، وإن كان ولد الصلب إناثا أخذ السدس وإن فضل من المال شيء أخذه بالتعصيب .

---

(١) الموطأ : ٥٠٦/٤ ، التفريع : ٣٤٢/٢ ، الرسالة : ٢٥٣ ، الكافي : ٥٦٢ .
(٢) في ق : ابن .

وإن كان معه إخوة نظر : فإن لم يكن غيرهم لم يخل أن يكونوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثاً ، فإن كان معه ذكور فقط من جنس واحد مثل أن يكونوا إخوة للأب والأم أوللأب فإن الجد يكون كواحد منهم يقاسمهم ما كانت المقاسمة لا تنقصه من الثلث مثل : أن يكون معه أخ أو أخوان نقصت المقاسمة عن الثلث فرض له الثلث وكان الباقي للاخوة .

وإن كان معه أخوات فقط فإنه يكون معهن كأخ يقاسمهن المال للذكر مثل حظ الأنثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإن نقصت فرض له الثلث ولا ينقص منه ، فإن كان) [1] معه ذكور وإناث كان كأخ معهم فيقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث فيفرض له الثلث على ما بيناه فإن كان معه ذو سهم كالأم والزوجة والبنت وبنت الابن فينظر للجد حال من ثلاثة : فيعطى أنفعها له من المقاسمة أو السدس من رأس المال أو ثلث [2] الباقي بعد أخذ ذوي الفرض فرضه ، فإن كان معهم إخوة لأب فإنهم يعادون الجد بهم في المقاسمة ثم يرجع ولد الأب والأم على ولد الأب فيأخذون ما معهم ، فإن فضل شيء كان لهم وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، مثاله : أن يكون جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ليقسم المال بينهم أثلاثاً يرجع الأخ للأب والأم على الأخ للأب فيأخذ ما بيده فلا يبقي له شيء ، فإن كان جد وأخت للأب والأم وأخت للأب فإن المال بينهم على أربعة أسهم : للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخت للأب فتأخذ ما بيدها وتبقي بغير شيء وإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ للأب فالمال بينهم على خمسة أسهم : للجد سهمان وللأخت سهم وللأخ سهمان ثم ترجع الأخت للأب والأم علي الأخ للأب فتأخذ مما بيده تمام النصف فتكسر [3] الفريضة فتضرب في مخرج النصف وهو اثنان فيكون عشرة : للجد أربعة ، وللأخت خمسة وللأخ سهم ، وهو قدر مسألة

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) في ق : مما أو ثلث .

(٣) في : فتنكسر .

الأكدرية [1] وحدها [2] وتسمى الغراء وهي : زوج وأم وأخت لأب وأم أو لأب وجد [3] ، فإنه يفرض للأخت النصف وللجد السدس وتعال المسألة إلى تسعة ثم يجمع نصيب الأخت إلى نصيب الجد فيقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فينكسر فتضرب التسعة في ثلاثة فتكون سبعة وعشرون ، ولا يسقط الأخ مع الجد إلا في موضوع واحد وهو زوج وأم [4] وأخ [5] وجد فإن الجد له السدس ويسقط الأخ .

فصـل [٥ - في التدليل على ميراث الجد] :

وأما ميراث الجد وإسقاط الأب له [6] وكونه عصبة فمعلوم كل ذلك بالإجماع [7] وأغني عن زيادة عليه ، وإنما قلنا إنه إذا كان معه ذو فرض أخذ الباقي بعد الفرض لأن ذلك سبيل العصبات إنهم يأخذون الفاضل عن ذوي السهام ، وإنما قلنا في ميراثه مع الولد ما قلناه اعتباراً بالأب لأنه ذكر له ولادة ، أو لأنه يقوم مقامه .

---

(١) الأكدرية : وسميت هذه المسألة بهذا الاسم : قيل أنها كدرت على زيد بن ثابت رضي الله عنه مذهبه وأصوله ، وقيل لأن عبد الملك ألقاها على فقيه اسمه أو لقبه « أكدر » وقيل أن الميت كانت من « أكدر » والله أعلم (انظر الفواكه الدواني : ٢/ ٢٨٣ ، الخرشي على خليل : ٨/ ٢٠٤) .

(٢) في ق : وحده .

(٣) وجد : سقط من م .

(٤) وأم : سقطت من م .

(٥) انظر الموطأ: ٢/ ٥١٠ - ٥١٢ ، المدونة: ٣/ ٨٤ ، التفريع ٢/ ٣٤٢ ، الرسالة: ٢٥٦ ، الكافي : ٥٦٥-٥٦٧ .

(٦) في م : وإسقاط الأب وحده .

(٧) انظر الإجماع : ٨٤ ، المحلي : ١٠/ ٣١٣٤ ، المغني : ٦/ ١٧٧ ، فتح الباري: ١٢/ ١٤.

فصــل [٦ - في ميراث الأخوة مع الجد] :

وإنما قلنا إن الاخوة يرثون مع الجد ، خلافاً لأبي حنيفة [١] لأن الأخ الذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ، ولأن الأخت أنثي فرضها النصف إذا انفردت فلم يسقطها الجد كالبنت ، ولأن تعصيب الأخ أقوى من تعصيب الجد لأنه تعصيب بنوة و (تعصيب الجد تعصيب أبوة ، ولأنه يعصب أخته بخلاف الجد فامتنع مع قوة) [٢] تعصيبه عليه أن يسقط به .

فصــل [٧ - في مقاسمة الجد الذكور ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث] :

وإنما قلنا إنه يقاسم الذكور منهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث خلافاً لمن قال ما لم ينقصه عن السدس [٣] وقول من قال عن نصف السدس [٤] ، لأن كل حجب انحصر بعدد استوى [٥] فيه الاثنان والثلاثة أصله حجب الأم عن الثلث أو السدس ، ولأن الجدة قائمة مقام الأم كقيام الجد مقام الأب ثم قد ثبت أن الجدة لا تنقص عن نصف نصيب الأم إذا انفردت وهو الثلث ، فكذلك يجب أن يكون الجد لا ينقص عن نصف الأب إذا انفرد وهو الثلثان .

فصــل [٨ - في مقاسمة الجد الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة] :

وإنما قلنا إنه يقاسم الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة خلافاً للقول بأنه لا يقاسمهن إلا إذا كان معهن إخوة [٦] ، لأن كل شخص قاسم ذكرا من أهل

---

(١) هذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد يقاسمهم (انظر مختصر الطحاوي : ١٤٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني : ٤/١٩٩) .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) وهذا قول عامة أهل العلم (المغني : ٦/٢١٩) .

(٤) حكي عن عمران بن حصين والشعبي (المغني : ٦/٢١٩) .

(٥) في م : استوفي .

(٦) فلقد كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يفرض للأخوات فروضهن والباقي للجد (البيهقي : ٦/٢٥١ - ٢٥٢ ، المغني : ٦/٢١٧) .

المواريث [١] في الأخذ بالتعصيب وجب أن يقاسم الأنثي التي في درجته أصله الأخ للأب والأم لأنه لو كان أخوان لأب وأم تقاسما ، فإذا كان معهم أخت تقاسموا وكذلك البنون والبنات .

فصـل [٩ - في مقاسمة الجد الأخوات إذا كان معه ذو سهم] :

وإنما قلنا إنه يقاسم إذا كان معه ذو سهم بعد أخذ ذي السهم [٢] سهمه لأن تعصيبه يوجب المقاسمة كتعصيب الأخ أصله إذا لم يكن معه ذو سهم .

فصـل [١٠ - في أخذ الجد ثلث ما بقي إذا كان أحظ له] :

وإنما قلنا يأخذ ثلث ما بقي إذا كان أحظ له لأن الأصل في المواريث أن العصبة[٣] أولى بما يبقى ، وحق ذي السهم [٤] كحق الغريم (فإذا أخذ ذو السهم حقه صار الفاضل عن ذلك كالفاضل عن الغريم) [٥] فكان كأصل المال الموروث ، ألا ترى أن العصبة إذا كانوا ذكوراً وإناثاً يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلما كان الجد يقاسم الأخوة في أصل المال إلى الثلث فكذلك فيما بقي .

فصـل [١٠١ - في عدم انتقاص نصيب الجد من السدس الكامل إذا كان أحظ له] :

(وإنما قلنا إنه لا ينتقص من السدس الكامل إذا كان أحظ له لأن الابن أقوى من الأخ ثم له السدس معه فمع الأخ أولى) [٦] .

---

(١) في م : الميراث .

(٢) في ق : ذوي السهم .

(٣) في ق : التعصيب .

(٤) في م : ذوي السهم .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) سقط هذا الفصل كاملا من م .

فصـل [١٢ - إذا كان ذو السهم مع الأخوات إناث الوالد أو غيرهم] :

وإنما قلنا إنه لا فرق بين أن يكون ذو السهم مع الأخوات إناث الولد أو غيرهم وهو مذهب زيد ، خلافاً لمن منع المقاسمة بناء على أصله [1] في أن الجد لا يقاسم مع الأخوات وحدهن ، لأنه قد ثبت قوة الأخ على الأخت ، ثم للجد أن يقاسم الأخ لو كان مع البنت فكان بمقاسمة الأخت أولى لأن كون الأخت عصبة لا يوجب إعطاء الجد السدس لأن الجد أيضا عصبة، وكل عصبة قاسم ذكرا من أهل الميراث فإنه يقاسم كل أنثى في درجته كالأخوة والأخوات .

فصـل [١٣ - في معادة الجد مع ولد الأب والأم وولد أب] :

وإنما قلنا إنه إذا كان مع ولد الأب والأم عادوا الجد بهم ، خلافاً لما ذهب إليه علي وابن مسعود [2] من منع المعاده [3] بناء على أصلهما في أن الأخ لأب والأم يحجب الأخ للأب وأن الأخت للأب والأم مع الأخ للأب إذا كان لا يقاسمهما على الانفراد (لا يقاسمهما مع الجد فيصير كأنه ليس إلا الأخت والجد، ودليلنا أن الجد له ولادة فإذا جاز حجبه بأخوين وارثين جاز حجبه بأخوة أحدهما وارث والآخر غير وارث أصلها الأم يحجبها الاخوة من الأم وإن لم يرثوا مع الأب .

فصـل [١٤ - في رجع ولد الأب والأم على ولد الأب] :

وإنما قلنا إن ولد الأب والأم يرجعون على ولد الأب لأن حجبهم ليس لأجل

---

(١) منع المقاسمة على وابن مسعود رضي الله عنهما ، وقال بقولهما هذا الشعبي والنخعي والمغيرة وابن أبي ليلي والحسن بن زيد (انظر عبد الرزاق : ٢٦٨/١٠ ، المغني : ٢١٧/٦) .

(٢) انظر البيهقي : ٢٥٠/٦ ، ابن أبي شيبة : ٢٩٢/١٠ ، المحلي : ٢٨٥/٩ .

(٣) في م : المعاوده .

ميراثهم ولكن لأجل غيرهم فلم يكن لهم حظ فيما يحجبون فيه كولد الأم إذا حجبوا الأم مع وجود الأب .

فصـل [١٥ - نصيب الجد في مسألة الأكدرية] :

وإنما قلنا له [السدس] (١) في مسألة الأكدرية لأنه قد ثبت بما قدمناه أن الجد لا ينقص عن السدس وإن الأخت لا تسقط فلو لم تعل الفريضة لأدى إلى بطلان أحد الأصلين .

فصـل [١٦ - سقوط الأخ مع عدم الأنثيين أو الأب وسبب ذلك] :

وإنما قلنا في زوج وأم وجد : إن الأخ يسقط لأنا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى أمور ممنوعة : إما إلى أن ينقص الزوج عن النصف وذلك غير جائز ، أو الأم [عن الثلث] (٢) وذلك يؤدي إلى حجب الجد أو الأخ لها وذلك غير جائز أيضاً أو أن ينقص الجد عن السدس وذلك ممتنع أيضاً لأنه مع الابن الذي هو أقوي من الأخ لا ينقص عن السدس فكان الأخ أضعف عن أن يحجبه ولم يكن الأخ ممن له رحم ، فتعال المسألة له ، والفرض لا يكون للعصبة لأن حظهم فيما بقي فلم يبق إلا سقوطه وصار كأنه عصبة لم يفعل له شيء .

فصـل [١٧ - في ميراث الجدات] :

وأما الجدات فقد ذكرنا أن فرضهن السدس ، فإذا انفردت واحدة منهن أخذته، وإن اجتمعتا كان بينهما ، وأن الجدة لا ترث مع الأم من أي جهة كانت وإنما من جهة الأم ترث مع الأب) (٣) ولا ترث معه إن كانت (٤) من جهته ، وأنه لا

---

(١) ما بين معقوفتين ساقط من ق فأضفته مما سبق ، وهي ساقطة من ر .

(٢) ما بين معقوفتين ساقط من ق فأضفته من أجل اتمام المعني .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في ق : إن كان .

يرث إلا جدتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهم وأنهما إذا اجتمعتا أسقطت القربى من جهة الأب البعدى من جهة الأم [(١)] ، وقد بينا الحجة لكل ذلك بما يغني [(٢)] عن إعادته .

فصل [١٨ - ميراث الأخوة والأخوات] :

فأما ميراث الأخوة والأخوات فإنه على ضربين : بتعصيب وبفرض بالتعصيب[(٣)] بذكور ولد الأب والأم وولد الأب على كل وجه ، ولأنهن [(٤)] مع البنات وبنات الابن فقط ، والفرض للإناث ولد الأب والأم وولد الأب وبجملة ولد الأم ذكورهم وإناثهم ففرض الواحد للأب والأم ،والأب إذا انفردت النصف ، وفرض الاثنين فما زاد الثلثان فإن كان معهن أخ في درجتهن قاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن كان مع الأخت للأب والأم إخوة لأب أخذت النصف وأخذ ولد الأب ما بقي ، وإن كانت [(٥)] إناث ولد الأب والأم أكثر من واحدة أخذن الثلثين وأخذ ولد الأب ما بقي ، وإن كان معها أخت لأب أخذت الأخت أو الأخوات السدس تكملة الثلثين وما بقي أخذه [(٦)] العصبة، فإن كان مع الأخوات [(٧)] للأب إخوة قاسموهن الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط اعتبار السدس ، وإن كن الأخوات للأب (والأم اثنتين فصاعدا أخذن الثلثين وسقط الأخوات للأب إلا أن يكون) [(٨)] معهن ذكر [(٩)] في درجتهن يعصبهن إذا كانوا في درجتهن لا أنزل منهن بخلاف ولد الابن .

---

(١) انظر الموطأ : ٥١٣/٢ ، التفريع : ٣٤٢/٢ ، الكافي : ٥٦٧ .

(٢) في ق : يمنع .

(٣) في م : وفرض بالتعصيب .

(٤) في ق : ولابأنهن .

(٥) في ق : كان .

(٦) في م : أخذته .

(٧) في ق : الاخت .

(٨) ما بين قوسين سقط من ق .

(٩) في م : ذكور .

وأما الأخوة للأم ففرض الواحد السدس ذكرا كان أو أنثى ، وفرض الاثنتين فصاعدا الثلثان لا يرادون عليه ويحجب جنس الأخوة جملة ذكور الولد وولد الابن ويزيد عليهم ولد الأم بأنهم يسقطون مع إناث الولد وولد الابن مع الجد ، ويسقط جملة الأب بذكور ولد الأب [١] والأم وقد بينا كل هذا مقرونا بحجاجه، فإن استغرق المال الأنصباء سقط العصبة منهن وأعيل لغير [٢] العصبة مثل : زوج أم وأخوين لأم وأخ لأب فإن الأخ يسقط لأنه لم يبق [٣] له شيء ، فإن كان أخا أو إخوة[٤] لأب وأم فاختلف الصحابة فيهم : فمنهم من بناه على الأصل (في أنه عصبة لم يبق له شيء فيسقط) [٥] ومنهم من شرك بين ولد الأب والأم وبين ولد الأم وهو مذهب أصحابنا .

وإنما قلنا ذلك لأن الذي استحق ولد الأم به الأرث [٦] هو ولادة الأم وهذا يشركهم فيه ولد الأم ،و لأن زيادتهم بالأب لا يسقط رحمهم بالأم ،فإن أمكن زيادتهم في الميراث به وإلا فلا أقل من أن يكون وجوده كعدمه وهو تأويل قول عمر رضي الله عنه لم يزدهم الاب إلا قربى [٧] ، وقولهم : هب أبانا كان حماراً أليس أمنا واحدة .

---

(١) انظر الموطأ : ٥٠٧/٢ - ٥١٠ ، التفريع : ٣٤٣/٢ ، الرسالة : ٢٥٤ ، الكافي: ٥٦٣ - ٥٦٤ .

(٢) في م : الغير .

(٣) في م : لم يكن .

(٤) في م : أخا وأخوه .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) في م : الثلث .

(٧) أخرجه عبد الرزاق : ٢٥١/١٠ .

فصل [١٩ - ميراث بني الأخوة] :

وأما بنو الأخوة يرثون بالتعصب المحض ، ويحجبهم ذكور الولد وولد الابن والأب والجد والاخوة [١] ولا يحجبون ذا فرض بوجه [٢] .

فصل [٢٠ - في ميراث العمومة] :

وأما العمومة فيحجبهم بنو الأخوة وكل من حجب بني الأخوة ، ويترتبون في إخوة الأب كما يرتب الأخوة وكذلك بنوهم [٣] ، وقد ذكرنا فرض الزوج والزوجة ، وقد بينا القول في الولاء والإرث في باب العتق [٤] .

* * *

---

(١) في م : والجد في إخوة الأب .

(٢) انظر الموطأ : ٥١٧/٢ ، التفريع : ٣٤٠/٢ ، الكافي : ٥٦٨ .

(٣) انظر الموطأ : ٥١٧/٢ ، التفريع : ٣٤٠/٢ ، الرسالة : ٢٥٢ ، الكافي : ٥٦٨.

(٤) انظر الصفحة : ص ١٤٥١ .

باب [- في اجتماع الفروض والعول]

قد بينا الفروض وعددها ، فإذا اجتمعت لم تخل [1] من ثلاثة أحوال أما أن تكون مقدرة بسهام التركة مثل : زوج و أخت فهذا قائم بنفسه ، أو أن يقصر عن استيعاب التركة فيكون الباقي للعصبة ، أو أن تزيد على التركة مثل نصف وثلثين وما أشبه ذلك فهذا تعال [2] المسألة إلى ما أنتهت إليه الفروض ، ويدخل على كل واحد من الورثة من النقص بحساب ما يوجبه [3] العول ، وهذا مذهب أكثر الصحابة رضي الله عنهم ،[4] وذكر عن ابن عباس منعه ، وإدخال النقص على كل ذي فرض ينقل منه إلى تعصيب مثل الأخوات والبنات [5] ودليلنا أن الله تعالى قال في الأزواج : ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ [6]، وقال في البنات ﴿ وإن كانت واحدة فلها النصف ﴾ [7] ، وقال تعالى ﴿ إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ﴾ [8] ، فلما كان الزوج لا يمت في الظاهر إلا بمثل ما تمت به الابنة والأخت وجب أن يتساويا في النقص

---

(١) في م : لم يخلو .

(٢) العول : إذا ارتفع حساب الفريضه وزادت سهامها ونقصت الأنصباء وهو نقيض الرد (الفواكه الدواني : ٢/ ٢٧٤) .

(٣) في م : ما يرجيه .

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٢٤٤ ، الرسالة : ٢٥٧، الكافي : ٥٦٩ .

(٥) انظر سنن البيهقي : ٦/ ٢٥٣ ، عبد الرزاق : ١٠/ ٢٥٤ ، ابن أبي شيبة : ١٠/ ١٣١٢ .

(٦) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

(٧) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٨) سورة النساء، الآية : ١٧٦ .

وأن لا يرجع عليها بشيء يقتضي إكمال فرضه وانفرادها بالنقص ، ولأنهم من أهل الفرائض فدخلهم النقص بالعول كالبنات والأخوات ، ولأن ضيق المال عما يستحق فيه يقتضي نقص أهل الاستحقاق بقدر حقوقهم أصله الغرماء .

فصــل [١ - في أصول المسائل] :

أصول المسائل التي تنقسم سهامها على الفرائض سبعة وهي مقدره بها : الاثنان والثلاثة والأربعة والستة والثمانية [والاثني] (*) عشر والأربعة والعشرون ، فالاثنان للنصف وحده ، والثلاثة للثلث والثلثان إذا انفردا أو اجتمعا ، والأربعة للربع وله وللنصف إذا اجتمعا، والستة للسدس المنفرد وللنصف معه ومع الثلث والسدس والثلثين ،والثمانية للثمن وله وللنصف معه ، والاثني (*) عشر لاجتماع ثلث وربع أو سدس وربع ما ينضاف إليهما ، والأربعة والعشرون لاجتماع الأثلاث والأثمان ، فإذات ثبت هذا فأربعة من هذه (١) الأصول لا تعول وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية وثلاثة تعول وهي السته والاثني عشر والأربعة والعشرون ، فعول الستة إلي سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ، وعول الاثني عشر إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر ، وعول الأربعة والعشرين إلى سبعة وعشرين (٢) ، ولايحتمل المختصر بسط هذا الباب .

فصــل [٢- فيمن ترك ابني عم أحدهما لأم] :

إذا ترك ابني عم أحدهما أخ لأم كان للأخ للأم (٣) السدس وما بقي بينه وبين ابن العم الذي ليس بأخ ، وإنما قلنا إن له السدس لأنه أخ لأم فأشبه الذي ليس ابن عم (٤) ، وإنما قلنا أن ما بقي بينهما خلافاً لمن قال إن جميع المال للأخ (٥)

---

(١) في ق : هذه .

(٢) انظر التفريع : ٢/ ٣٤٤ ، الرسالة : ٢٥٧ ، الكافي : ٥٦٩ - ٥٧٠ .

(٣) للأم : سقطت من م .

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٣٤٠ ، الرسالة : ٢٥٥ ، الكافي : ٥٦٨ .

(٥) انظر ابن أبي شيبة : ١٠/ ٢٥٢ ، المغني : ٦/ ١٨٩ قضي فيها عبد الله وشريح.

(*) هكذا بالأصل والصحيح « اثنا عشر » . (*) كذا بالأصل والصحيح « اثنا عشر » .

(*) كذا بالأصل والصحيح « اثنا عشر » .

لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به فرض لا يستحق [1] به حجب من يساويه في الدرجة اعتباراً به لو كان أحدهما زوجا ، وذلك أن الأخ [2] يستحق كالزوجة فإنه يستحق بها فرض ثم ثبت أن ابن العم (لو كان زوجا لاستحق بالزوجية بالنصف والباقي بينه وبين ابن العم الذي ليس بزوج) [3] ، وكذلك إذا كان أخا لأم ، وإن كان أحدهما زوجا والآخر أخا لأم أخذ الزوج النصف والأخ[4] السدس وكان الباقي بينهما ، وأهل الفرائض يلغون الأولى وهي إذا كان أحدهما (زوجا فيقولون أخوان لأب ولأم ورثا مالا أصاب أحدهما) [5] ثلاثة أرباعه ، والآخر ربعه ، ويلغون الثانية إذا كان أحدهما زوجا والآخر أخا لأم فيقولون أخوان لأب ورثا مالا فورث أحدهما ثلثه والآخر ثلثيه . .

(تم كتاب الفرائض بحمد الله وعونه) [6] .

* * *

---

(١) في ق : لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به حجب .

(٢) في م و ر : أن الأخوة .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) في م : الآخر .

(٥) ما بين قوسين سقط من ق .

(٦) ما بين قوسين سقط من ق و م .

كتاب الجامع [1]

لما كان مدار هذا الباب على بيان أداب الشريعة ومندوباتها ومسنوناتها وتفصيل المستحب والفاضل والمرغب فيه والمرخص فيه والمكروه وما يتعلق بذلك من أحكام المكلفين وجب بيان معاني هذه الأوصاف قبل ذكر الأفعال التي هي محالها ليفهم الدارس معانيها ويقف على الغرض منها ، وإلا فمتى وصف الفعل أنه واجب أو ندب وهو ما يعرف معنى الوجوب والندب كان كالحاطب [2] بين ظلام وعشاء[3] فلذلك وجب [4] البدأ بهذا الباب وأحكامه ، وقد كان من حق التصنيف أن يكون الابتداء أولى به من الخاتمة ولكن تجدد هذا الرأي بعد خروج نسخ منه كرهنا إفسادها بالاختلاف والله الموفق للصواب [5] .

فصـل [١ - في حكم أفعال المكلفين] :

اعلم أن أفعال المكلفين لا تخرج على اختلاف أوصافها وتباين أحكامها على خمسة أحكام وهو : الوجوب والندب والحظر والكراهة والاباحة ولكل واحد

---

(١) هذا الأسلوب في تبويب المسائل الذي يدرج جانبا منها تحت عنوان « الجامع » . يختص بالتأليف في مذهب مالك وهو لا يوجد في تصانيف غيره من المذاهب ، وهو من محاسن التصنيف لأنه يجمع مسائل لا يتناسب وضعها في ربع من أرباع الفقه وهم في ذلك يتأسون بإمام المذهب في مؤلفه الموطأ (انظر مقدمه تحقيق كتاب الجامع - لابن أبي زيد : ٧٩ - ٨١).

(٢) في م : كالحائط وفي ر : كالخابط .

(٣) عشاء بالكسر والمد أول ظلال الليل ، أو لعله يقصد عشي العين (المصباح المنير : ٤١٢) .

(٤) في م : وجه .

(٥) في ن : والله ولي التوفيق .

من هذه الألفاظ معنى على طريق اللغة ومعنى على طريق الأصوليين ونحن نبين جميع ذلك .

فأما معني الوجوب فهو تحريم الترك [(١)] فكل واجب فتركه حرام ، وقيل ما في فعله ثواب وفي تركه عقاب [(٢)] ، والأول أخص وله عبارات يقال واجب ومفروض ومكتوب ولازم ومستحق .

هذا على طريق الأصوليين وبجميعه قد ورد بها شرع قال تعالى : ﴿كتب عليكم الصيام﴾ [(٣)] يعني وجب ، وقال تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها﴾[(٤)] وقال : ﴿ أنلزمكموها وأنتم لها كارهون ﴾ [(٥)] يريد أن نوجبها عليكم ، وقال: ﴿ حقا علينا نصر المؤمنين ﴾ [(٦)] يريد مستحقا ، وقال تعالى : ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾ [(٧)] وغيرها من ألفاظ الوجوب ، وفي الحديث « فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان » ، [(٨)] وحديث الخثعميه [(٩)] لما قالت إن فريضة الله تعالى على عباده في الحج أدركت أبي شيخا كبيراً [(١٠)] ، وقال تعالى : ﴿ حتما مقضيا﴾ [(١١)] ، ويبين ذلك أن أهل اللغة لا يفرقون بين

---

(١) انظر مختصر ابن الحاجب : ١/ ٢٣٠ ، شرح تنقيح الفصول - : ٧١.

(٢) انظر المستصفى : ١/ ٦٥ ، الأحكام ، لابن حزم : ١/ ٣٢٣ ، إرشاد الفحول:٦.

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٨٣ .

(٤) سورة المائدة، الآية : ٤٥ .

(٥) سورة هود ، الآية : ٢٨ .

(٦) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

(٧) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

(٨) سبق تخريج الحديث في صدقة الفطر .

(٩) الخثعمية : وهي امرأة من خثعم .

(١٠) الحديث أخرجه البخاري في الحج باب وجوب الحج وفضله : ٢/ ١٤٠ .

(١١) سورة مريم الآية : ٧١ .

قول السيد لعبده فرضت عليك وأوجبت عليك وحتمت وكتبت وألزمت وأنا استحق عليه ويرونه كله عباره عن الوجوب وتحريم الترك [1] .

فأما أصل الوجوب في اللغة فهو السقوط يقال أوجب الحائط إذا سقط ووجبت الشمس [2] ، قال الله تعالى : ﴿ فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها ﴾ [3] فشبهوا المفروض بالشيء الذي قد سقط فلا يمكن رفعه كما لا يمكن الخروج عن الواجب إلا بفعله .

وأصل الفرض عندهم التقدير ومنه فرض القاضي أي تقديره [4] ومنه قوله تعالى : ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ [5] ، وقوله : ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ [6] أي قدر ، واللزوم [7] أخذ الإنسان الشيء وإمساكه[8] أياه .

فصل [٢ - في الندب] :

والندب ما تتعلق الفضيلة بفعله ولا يتعلق العقاب بتركه [9] وهو مشارك للواجب في الوصف الأول ويباين له في الوصف الثاني ، وله اعتبارات يقال : ندب ومستحب ومسنون وتطوع وإرشاد ونفل وفضيلة ومرغب فيه ، وأصل الندب في اللغة الدعاء إلى الشيء [10] يقال : ندبته إلى كذا .

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة : ٦/٨٩ - ٩٠ ، الصحاح : ١/٢٣١ - ٢٣٢ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

(٣) سورة الحج ، الآية : ٣٦ .

(٤) انظر معجم مقاييس اللغة : ٤/٤٨٩ ، الصحاح : ٤/١٠٩٧ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٧ .

(٦) سورة التحريم الاية : ٢.

(٧) في م : ألزم .

(٨) انظر : معجم مقاييس اللغة : ٥/٢٤٥ ، الصحاح : ٥/٢٠٢٩ .

(٩) انظر مختصر ابن الحاجب : ١/٢٢٥ ، شرح تنقيح الفصول : ٧١ ، الأحكام - للأمدي : ١/١١٩ .

(١٠) انظر معجم مقاييس اللغة : ٥/٤١٣ .

والإستحبابات المحبة ، والمسنون في الشرع في أعلى مراتب المندوب [١] وهو في اللغة الطريقة [٢] ومنه ﴿ سنة الأولين ﴾ [٣] أي طريقتهم ، وقوله تعالى : ﴿سنة من قد أرسلنا قبلك﴾ [٤] وقوله ﷺ : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي » [٥] ، والتطوع مأخوذ من الطوع [٦] وهو الانقياد يقال : أطاع بكرا أي انقاد إليه ، واستجاب له ، والارشاد الهداية إلى المطلوب وإلى ما فيه الصلاح والنفل والهبة [٧] والفضيلة مأخوذة من الفضل وهو في الفعل استحقاق الثواب عليه [٨] ، والرغبة والإرغاب إلى الفعل ليناله الفاعل .

فصل [٣ - في الحظر والكراهة والإباحة والصحة والرخصة] :

والمحظور هو المحرم الممنوع : وهو ما حرم فعله ، وهو نقيض الواجب [٩] والحظر ، في اللغة المنع [١٠] ومنه الحظيرة [١١] ، .

والمكروه نقيض المندوب إليه ، وهو ما تعلق الثواب عليه بتركه ولا عقاب في فعله [١٢] .

---

(١) في م : المندوبات .

(٢) انظر الصحاح : ٥/٢١٢٨ .

(٣) سورة الحجر الاية : ١٣ .

(٤) سورة الإسراء ، الآية : ٧٧ .

(٥) أخرجه أبو داود في السنة باب في لزوم السنة : ٥/ ١٤ ، وابن ماجه في المقدمة باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين : ١/ ١٥ ، والترمذي في العلم باب في الأخذ بالسنة واجتناب البدع : ٥/٤٣ ، وقال هذا حديث حسن صحيح .

(٦) انظر الصحاح : ٣/ ١٢٥٥ .

(٧) انظر معجم مقاييس اللغة : ٥/٣٩٨ ، الصحاح : ٢/ ٤٧٤ .

(٨) انظر الصحاح : ٥/ ١٧٩١ .

(٩) انظر شرح تنقيح الفصول : ٧١ ، المستصفي : ٧٦/١ ، الأحكام للآمدي : ١/ ١١٣ .

(١٠) انظر معجم مقاييس اللغة : ٢/ ٨٠ ، الصحاح : ٢/ ٦٣٤ .

(١١) في ق : الحظرة .

(١٢) انظر شرح تنقيح الفصول : ٧١ ، والأحكام - للآمدي : ١٠/ ١٢٢ .

والإباحة التوسعة والاطلاق ومنه باحة الدار أي وسطها [1] ، والمباح كل فعل وقع من المكلف يستوي فعله وتركه لا ثواب في فعله ولا عقاب في تركه[2]، فهذه أصول أحكام أفعال المكلفين وما بعد ذلك داخل فيه : فالطاعة امتثال الأمر يقال أطاع فلانا إذا امتثل أمره [3] .

والصحة وقوع الفعل على الشروط التي يعتد بها لفاعله معها [4] ،والرخصة التخفيف بعد المنع والاستثناء من جملة ممنوعة ، ومنه رخص السعر إذا كان بعد الغلاء [5] ، وهذه جملة وافية في هذا الفصل .

* * *

---

(١) انظر معجم مقاييس اللغة : ٣١٥/١ ، الصحاح : ٣٥٦/١ .

(٢) انظر ، شرح تنقيح الفصول : ٧١، المستصفي : ٦٦/١ ، الأحكام -للآمدي : ١٢٣/١ .

(٣) انظر معجم مقاييس اللغة : ٤٣١/٣ ، الصحاح : ١٢٥٥/٢ .

(٤) انظر ، شرح تنقيح الفصول : ٧٦ ، المستصفي : ٩٤/١ ، الأحكام - للآمدي : ١٣٠/١ .

(٥) انظرمختصر ابن الحاجب : ٧/٢ ، شرح تنقيح الفصول : ٨٥ ، المستصفي : ٩٨/١ ، الاحكام للآمدي : ١٣٢/١ .

باب - في السلام

الابتداء بالسلام سنة ، ورده آكد من ابتدائه ، وينتهي السلام إلى البركة (١) ويسلم الماشي على الجالس ، والراكب على الماشي ، والجالس ، ويسلم الواحد من الجماعة يجزي عنهم ورد الواحد كذلك ، ولا يبتدأ أهل الذمة بالسلام فإن بَدَؤُا به رد عليهم ولفظ الرد : وعليكم ويجزي سلام المسلم أن يزيد الابتداء على لفظ الرد والرد على لفظ الابتداء إلا أن الانتهاء في ذلك إلى البركات ، ولا بأس بالسلام على المرأة المتجالة ، ويكره سلام الرجل على الشابة (٢) .

فصل [١ - في سنية الابتداء بالسلام] :

وإنما قلنا إن الابتداء بالسلام سنة لقوله تعالى : ﴿ فإذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ﴾ (٣) ، وقوله ﷺ : « أفشوا السلام» (٤) « من حق المسلم على المسلم ثلاثة: فذكر ويسلم عليه إذا لقيه » (٥).

فصل[٢ - في حكم رد السلام] :

وإنما قلنا إن رده آكد من ابتدائه لقوله تعالى : ﴿ فإذا حييتم بتحية فحيوا

---

(١) أي إلى : وبركاته .

(٢) في جملة أحكام السلام انظر / الموطأ : ٢/ ٩٥٩ ، التفريع : ٢/ ٣٤٨ ، الرسالة: ٢٦٧ ، الكافي : ٦١٠ .

(٣) سورة النور ،الاية : ٦١ .

(٤) أخرجه مسلم في الأيمان باب بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون : ١/ ٧٤ .

(٥) الحديث أخرجه البخاري في الجنائز باب الأمر باتباع الجنائز : ٢/ ٧٠ ، ومسلم في السلام باب من حق المسلم على المسلم ... : ٤/ ١٧٠٥ ، وفيه حق المسلم على المسلم ست أما لفظ ثلاث فلم أعثر عليه .

بأحسن منها أو ردوها ﴾ (١) قيل إن ذلك في رد السلام (٢) ، ولأنه قد تعلق به المسلم كما تعلق في رد المشمت حق التشميت (٣) .

فصـل [٣ - إلى أين ينتهي السلام] :

وإنما قلنا إنه ينتهي إلى قوله : وبركاته ، فلأن ذلك ما ورد به الخبر عن النبي ﷺ والسلف ومنع ما زاد عليه وروي أن عمر رضي الله عنه أتى النبي ﷺ فقال : السلام عليك يا رسول الله السلام عليك أيدخل عمر (٤) ، وروي أن رجلا سلم على عبد الله بن عباس فقال : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ثم زاد بعد ذلك شيئاً ، فقال ابن عباس : إن السلام ينتهي إلى البركة (٥) ، وروي أن رجلا سلم على عبد الله بن عمر فقال السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والعاديات والرائحات فقال ابن عمر عليك ألف وكأنه كره ذلك (٦) .

فصـل [٤ - في تسليم الماشي على الجالس والراكب على الماشي] :

وإنما قلنا يسلم الماشي على الجالس والراكب علي الماشي لما روي عنه ﷺ أنه قال : « يسلم الصغير على الكبير والماشي على القاعد والراكب على الماشي »(٧) .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٨٦ .

(٢) انظر تفسير الطبرى : ٥/١٨٩ .

(٣) حق التشميت : سقطت من ق .

(٤) أخرجه أحمد : ورجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد : ٨/٤٧) .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٩٥٩ .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٩٦٢ .

(٧) أخرجه البخاري في الاستئذان باب تسليم الراكب على الماشي : ٧/١٢٧ ، ومسلم في السلام باب يسلم الراكب على الماشي والقليل على الكثير : ٤/١٧٠٣ .

فصـل [٥ - في كفاية تسليم الواحد من الجماعة] :

وإنما قلنا إن تسليم الواحد من الجماعة مجزيء [١] عنهم لما روي عنه ﷺ أنه قال : « إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم » [٢] .

فصـل [٦ - في كفاية رد الواحد من الجماعة] :

وإنما قلنا إن رد الواحد من الجماعة مجزيء عنهم خلافاً لمن فرق بين الابتداء والرد فأجازه في الابتداء وأوجب في الرد أن يرد كل واحد منهم [٣] ، لقوله تعالى ﴿ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها ﴾ [٤] فمفهومه أن يرد بمثل ما ابتدأ من غير زيادة وذلك يقتضي أنه إذا سلم واحد رد واحد ، وقوله ﷺ: «إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم » [٥] ولم يفرق بين الابتداء والرد ولأنه رد التحية وكتشميت العاطس .

فصـل [٧]

وإنما قلنا لا يبتدىء أهل الذمة بالسلام لقوله تعالى : ﴿ تحية من عند الله مباركة طيبة﴾ [٧] والكافر ليس بأهل التحية والإكرام بل للاذلال والهوان ،وقوله ﷺ : « لا تبدؤهم بالسلام » [٨] .

---

(١) في م : يجزي .

(٢) أخرجه مالك في موطئه مرسلا : ٩٥٩/٢ .

(٣) انظر الفواكه الدواني : ٣٥٢/٢ .

(٤) سورة النساء ، الآية : ٨٦ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٦) سورة النور الاية : ٦١ .

(٧) أخرجه مسلم في السلام باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام : ١٧٠٧/٤ .

فصـــل [٨] :

وإنما قلنا يقول في الرد إذا سلم الذمي : وعليك ، لقوله ﷺ : « إن اليهود إذا سلم عليكم (١) أحدهم فإنما يقول السام عليكم فقل وعليك » (٢) ، وفي رواية أخرى « وعليكم » (٣) وقد اختار بعضهم أن يرد عليه السِلام بكسر السين وهي الحجارة (٤) والأول أولى .

فصـــل [٩ - وجه جواز تزايد لفظي الابتداء والرد] :

وإنما أجزنا تزايد اللفظين لأن كل واحد (٥) مروي عن السلف ، ولأن المعنى واحد فيهما .

فصـــل [١٠ - دليل جواز سلام الرجل على المرأة والمرأة على الرجل] :

وإنما قلنا سلام الرجل على المرأة جائز والمرأة على الرجل لأن النبي ﷺ سلم على النساء (٦) ، ولأنه تحية للمؤمن فلم يختص به الرجال دون النساء كتشميت العاطس .

فصـــل [١١ - في التفريق بين السلام على المتجالة والشابة] :

وإنما فرقنا بين المتجالة والشابة لأن المتجالة لا تسبق الظنة إلى المسلم عليها أراد أن يكون بذلك محادثتها والإلتذاذ بكلامها والتذرع إلى ما يرتاب منها وذلك غير مأمون فى الشابة فكره لما يطرق عليه .

---

(١) عليكم سقطت من ق .

(٢) أخرجه البخاري في الاستئذان باب كيف يرد على أهل الذمة السلام : ٧/١٣٣ ، ومسلم في السلام باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام : ٤/١٧٠٦ .

(٣) أخرجه البخاري في الاستئذان باب كيف يرد على أهل الذمة السلام : ٧/١٣٣ .

(٤) قال ابن فارس سميت الحجارة سلاما لأنها أبعد شيء في الأرض من الفناء والذهاب لشدتها وصلابتها (معجم مقاييس اللغة : ٣/ ٩١) .

(٥) في م : ذلك .

(٦) في السنن : أن أسماء بنت يزيد تحدث أن رسول الله ﷺ مر على عصبة من النساء قعود فسلم عليهن أخرجه الترمذي في الاستئذان باب ما جاء في التسليم على النساء : ٥/٥٦ وقال حديث حسن ، وأخرجه أبو داود في الأدب باب في السلام على النساء: ٥/ ٣٨٢ وابن ماجه في الأدب باب السلام على الصبيان والنساء : ٢/ ١٢٢٠ .

فصل [١٢ - في منع هجر المسلم لأخيه فوق ثلاثة] :

هجرة المسلم لأخيه فوق ثلاث [١] ليال منهي عنه إلا أن يكون من أهل الأهواء والبدع أو من فساق الأفعال المديمين [٢] على ذلك فمستحب [٣] هجرته ردعا له وزجرا ، والذي يخرج به هاجر أخيه من هجرته أن يسلم عليه إذا لقيه[٤].

وإنما منعنا دوام الهجرة زيادة على الثلاثة أيام لأن ذلك مؤد إلى التقاطع والتدابر المنهي عنه ومورث للعداوة والبغضاء وتمكن الأحقاد في قلوب المؤمنين بعضهم لبعض ، وضد ذلك ما حض النبي ﷺ من المواصلة والألفة ، ونهى عنه من التقاطع والتدابر لقوله ﷺ « لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا ، ولا يهجر أحدكم أخاه فوق ثلاث » [٥] .

فصل [١٣ - في استثناء الهجر أقل من ثلاث] :

وإنما استثنينا الثلاث لورود الخبر باستثنائها من المنع وتجري العادة [٦] في الطبائع في الهجرة عند حدوث ما يثيرها ويجر إليها وكانت استدامتها ممنوعة لما ذكرناه واحتيج إلى ضرب مدة ليفصل بها بين ما رخص فيه لغلبة الطباع بين ما منع منه وكان أول ما ضرب لذلك الثلاث لأنها جعلت في الشرع فصلا في عدة مواضع .

---

(١) ثلاث سقطت من م .

(٢) في ق : مؤمنين و في ر : المدمنين .

(٣) فمستحب : سقطت من ق .

(٤) انظر التفريع : ٢/٣٤٨ ، الرسالة : ٢٦٧ ، الكافي : ٦١٣ .

(٥) أخرجه البخاري في الأدب باب الهجرة وقول رسول الله ﷺ لا يحل لرجل: ٧/ ٩٠، ومسلم في البر والصلة والأدب باب تحريم الظن : ٤/ ١٩٨٥ .

(٦) العادة في : سقطت من ق .

فصـل [١٤ - فيما يخرج من الهجر] :

وإنما قلنا يخرجه من ذلك أن يسلم عليه ، لقوله ﷺ : « وخيرهما الذي يبدأ بالسلام » [١] ، ولأنه يزول بذلك عن الهجرة المنهي عنها إلى ضرب من المواصلة وهي تحية أخيه المسلم المأمور بابتدائه بها .

فصـل [١٥ - في هجر المبتدع] :

وإنما استثنينا هجران المبتدع في اعتقاده والمجاهر [٢] بفسقه ومعاصيه ردعا له عما هو عليه وليزدجر [٣] عنه ويقلع عن استدامته وغضبا لله سبحانه في مواصلة من هذه سبيله وإيثار ألفته ومخالطته ،ولئلا ينسب مواصله إلى مثل طريقته ويضاف إليه ما يعرف من قبيح الطريقة به أو الرضا بذلك من فعله ، وفي الحديث « المرء على دين خليله فينظر أحدكم من يخالل » [٤] ،ولأن المخالطة لأهل البدع قد يكون من ضعف القلب وشره العامية بحيث يأمن على نفسه أن يشكك في دينه،ويمكن في قلبه شبهة بدعة يبعد زوالها منه يتعذر تلافيها ، وقد قيل : لا يمكن زائغ [٥] القلب من أذنيك ، وروي ذلك عن جملة من السلف رضي الله عنهم .

فصـل [١٦ - في جواز المصافحة وكراهية المعانقة وتقبيل اليد] :

والمصافحة جائزة وتكره المعانقة وأشد من ذلك تقبيل اليد [٦] ، وإنما أجزنا

---

(١) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٢) في ق و ر : المهاجر .

(٣) في م و ر : لينزجر .

(٤) أخرجه الحاكم : ٤/ ١٧١ ، عن ابى الحباب وقال الحكم حديث أبي الحباب صحيح ولم يخرجاه .

(٥) في م : رابع .

(٦) انظر الرسالة : ٢٧٧ ، المقدمات : ٣/ ٤٤٠ ، ٤٤١ .

المصافحة لقوله ﷺ « ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا»[1].

فصل [١٧ - في وجه كراهية المعانقة] :

وإنما كرهنا [2] المعانقة لأنها لم ترد عن النبي ﷺ ، ولا عن السلف مع أنها أخلاق العامة إلا أن يكون من طول الاشتياق وقدوم من غيبة أو مع الأهل وما أشبه ذلك ويفارق المصافحة لوجود العمل بها ،وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازتها [3] ،ووجهه [4] ما روي عن حديث أبي ذر أن رسول الله ﷺ كان يصافحه فجاءه فالتزمه » [5] واعتباراً بالمصافحة .

فصل [١٨ - كراهية تقبيل اليد] :

وإنما كره تقبيل اليد لأنه من التكبر والتجبر الذي تستعمله الأعاجم ولم ينقل عن أحد من السلف [6] .

---

(١) أخرجه أبو داود في الأدب باب في المصافحة : ٥/٣٨٨ ، وابن ماجه في الأدب باب المصافحة : ٢/ ١٢٢٠ ، والترمذي في الاستئذان باب في المصافحة : ٥/ ٧٠ ، والحديث عن الأجلح وفيه مقال (نصب الراية : ٤/ ٢٦٠) .

(٢) في م : كرهت .

(٣) منهم ابن عيينة ولقد حاج مالك في ذلك بحديث قدوم جعفر من أرض الحبشة فاعتنقه النبي ﷺ (انظر الرسالة : ٢٧٧ ، المقدمات : ٣/ ٤٤٠ - ٤٤١) .

(٤) ووجه : سقطت من م .

(٥) أخرجه أبو داود في الأدب باب في المعانقة : ٥/ ٣٨٩ ، وقد ذكر البخاري هذا الحديث في التاريخ الكبير وقال مرسل .

(٦) ولقد أنكر مالك ما روي في ذلك من أحاديث صحيحة ، وقال اتباع مالك في ذلك إن كان إنكار ذلك من جهه الرواية فمالك حجه فيها لأنه إمام الحديث ، وإن كان من جهة الفقه فلما ذكره القاضي عبد الوهاب ، وقال بعض المالكية بجواز تقبيل يد العالم والشيخ والوالد والقادم من السفر وإن كان ظاهر المذهب خلافه (انظر الرسالة : ٢٧٧ ، والمقدمات : ٣/ ٤٤١ ، الفواكه الدواني : ٢/ ٣٥٥) .

فصل [١٩ - في تشميت العاطس] :

وينبغي للعاطس أن يحمد الله تعالى ، وأن يسمع من يقرب منه ، وينبغي لمن سمعه أن يشمته إلا أن يتوالى منه ذلك مراراً [(١)] فيسقط عنه تشميته ، وتشميته أنْ يقول يرحمك الله ، ولرده لفظان أحدها أن يقول : يهديكم الله ويصلح بالكم، والآخر أن يقول : يغفر الله لكم ، والأول أفضل [(٢)] .

وإنما قلنا إنه إذا عطس حمد الله عز وجل لقوله ﷺ : « إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله » [(٣)] وروت عائشة رضي الله عنها أن رجلاً عطس عند النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ماذا أقول فقال : « قل الحمد لله » [(٤)] وإنما قلنا إن على من سمعه أن يشمته لقوله ﷺ « إذا عطس فليشمته » [(٥)] وقوله « فليقل له صاحبه يرحمك الله » [(٦)] ،وإنما قلنا إنه لا يستحق التشميت إلا إذا سمع منه الحمد لله لقوله ﷺ : « إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله وليقل صاحبه يرحمك الله » [(٧)] فشرط فيه أن يكون بعد التحميد ، وروي أنه ﷺ عطس عنده رجلان فشمت أحدهما ولم يشمت الآخر ، فقيل له في ذلك فقال « لأن ذلك حمد لله فشمته وهذا لم يحمد الله فلم اشمته » [(٨)] .

---

(١) في ق : مرات .

(٢) انظر الموطأ : ٢/ ٩٦٥ ، التفريع : ٢/ ٣٥٤ ، الكافي : ٦١٤ .

(٣) أخرجه البخاري في الأدب باب إذا عطس كيف يشمت : ٧/ ١٢٥ .

(٤) أخرجه أحمد : ٦/ ٧٩ ، وأبو يعلي وفيه أبو معشر نجيح وهو لين الحديث ، وبقية رجاله ثقات (مجمع الزوائد : ٨/ ٦٠) .

(٥) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٨) أخرجه البخاري في الأدب باب الحمد للعاطس : ٧/ ١٢٥ ، ومسلم في الزهد باب تشميت العاطس : ٤/ ٢٢٩٢ .

(وإنما قلنا إن للرد لفظين لأن الرواية جاءت بهما) [1] وإنما قلنا إن قوله : يهديكم الله أفضل لقوله ﷺ : « وليقل يهديكم الله ويصلح بالكم » [2] ولأن الهداية أفضل من المغفرة لأنها قد تعرى من الذنوب ، والمغفرة لا تكون إلا لذنب، وإنما قلنا إن التشميت يسقط مع الموالاة لقوله ﷺ « إن عطس فشمته ثم إن عطس فشمته ثم إن عطس فقال إنك مضنوك » [3] يريد مزكوم .

فصـل [٢٠ - في خصال الفطرة] :

وعشر من الفطرة : خمس في الرأس ، وخمس في الجسد ، فالتي في الرأس المضمضة والاستنشاق والسواك وقص إطار الشارب ، وإعفاء اللحية ، والتي في الجسد : حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار والاستنجاء والختان [4] ، وإنما قلنا ذلك لورود الروايات بذلك ، فأما المضمضة والاستنشاق والسواك والختان فقد ذكرنا حكم جميعها .

فصـل [٢١ - في قص الشارب] :

فأما قص إطار [5] الشارب فلقوله ﷺ « أحفوا الشوارب » [6] (ومعنى ذلك قص ما زاد من أطرافه [7] ، وروي أنه ﷺ كان يأمر بقص شاربه [8]

---

(١) ما بين قوسين من م .

(٢) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٣) أخرجه مسلم في الزهد والرقائق باب تشميت العاطس : ٤/ ٢٢٩٣ .

(٤) انظر الموطأ : ٢/ ٩٢١ ، الرسالة : ٢٧٢ ، الكافي : ٦١٢ .

(٥) إطار : سقطت من م ، والاطار : طرف الشعر المستدير على الشفه (الرسالة : ٢٧٢) .

(٦) أخرجه مسلم في الطهارة باب خصال الفطرة : ١/ ٢٢٢ .

(٧) أطرفه مطموسه في ق .

(٨) أخرجه الترمذي في الأدب باب ما جاء في قص الشارب : ٥/ ٨٦ ،وقال هذا حديث حسن غريب .

وأما حلقهُ فمثلة منهي عنها) [1] هذا مذهب أكثر أهل العلم وعلماء المدينة ، ومروي عن جمهور الصحابة ، وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى استحبابه [2] .

وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ : « ليس منا من حلق » [3] ، ولأن في تبقيته جمالاً للوجه وزينة ، وفي حلقه مثلة وذهاب بهاء الوجه [4] وجماله فكانت تبقيته هي المستحبة كشعر اللحية ، وروي عن عمرو وأبي سعيد الخدري وراع بن خديج وجابر وسهل بن سعيد [5] وأبي هريرة وغيرهم أنهم كانوا يجزون شواربهم [6]، وقال مالك كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا حزبه أمر فتل شاربه [7] ، وقال ابن المسيب أول من قص الشارب إبراهيم ﷺ [8] ، فأما إعفاء اللحية وتوفيرها وتكثيرها لأن في ذلك جمالاً للوجه وزينة للرجل ، وجاء في بعض الأخبار « أن الله عز وجل زين بني آدم باللحى [9] » ولأن الغرض بذلك

---

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) انظر الأم : ٢١/١ ، فتح الباري : ٣٤٧/١٠ .

(٣) أخرجه أبو داود في الجنائز باب في النوح : ٤٩٦/٣ ، والنسائي في الجنائز باب شق الجيوب : ١٨/٤ ، قال ابن حجر « والاستدلال بهذا الخبر في غير ما ورد فيه (فتح الباري : ٣٤٨/١٠) .

(٤) في م : لماء الوجه .

(٥) سهل بن سعد : بن مالك بن خالد الأنصاري الخزرجي الساعدي أبو العباس ، وله ولأبيه صحبة ، مشهور ، مات سنة ثمان وثمانين وقيل بعدها وقد جاز المائة (تقريب التهذيب : ٢٥٧) .

(٦) انظر البيهقي : ١٥١/١ وفيه من طريق ابن أبي رافع قال : رأيت أبا سعيد الخدري وجابر بن عبد الله وابن عمر ورافع بن خديج وأبا أسد الأنصاري وسلمة بن الأكوع وأبا رافع ينهكون شواربهم .

(٧) أخرجه الطبراني ورجاله رجال الصحيح خلا عبد الله بن أحمد وهو ثقة مأمون (مجمع الزوائد : ١٦٩/٥) .

(٨) الموطأ : ٩٢٢/٣ .

(٩)لم أعثر على تخريج هذا الخبر .

مخالفة الأعاجم في نتفها وتبقية اليسير منها ، والأعفاء التكثير ومنه قوله تعالى ﴿حتى عفوا﴾ [(1)] يريد كثروا ، [(2)] هذا مالم يخرج بطولها عن الحد المعتاد ويفضي بصاحبها إلى الطنز [(3)] والسخرية منه .

فصـل [٢٢ - في حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظافر] :

وأما حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار فمستحب لورود الخبر به [(4)] واتصال العمل من السلف والأعصار إلى هلم جرا به ،ولأنه من النظافة وإزالة الشين والقذارة فكان استنانه متأكدا .

فصـل [٢٣ - في الاستئذان] :

ولاينبغي لأحد أن يدخل على أجانب أو أقارب إلا بإذن ويستأذن ثلاثا فإن أذن له وإلا رجع إلا أن يغلب على ظنه أنه لم يسمع فلا بأس أن يزيد ، وليستأذن في دخوله على أمه وذوات محارمه ، وأن يسلم على أهل بيته [(5)] وأهله إذا دخل منزله [(6)] .

فصـل [٢٤ - الدليل على الاستئذان] :

وإنما قلنا أن الاستئذان مأمور به في الجملة لقوله تعالى : ﴿ لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم ... إلى قوله : فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ﴾ [(7)] ، وقوله

---

(١) سورة الأعراف الاية : ٩٥ .

(٢) انظر تفسير .

(٣) في ق : التطريه . وفي ر : الطنزية ، والطنز : السخرية (الصحاح : ٣/ ٨٨٣).

(٤) في قوله ﷺ « خمس من الفطرة : الختان والاستحداد ونتف الإبط : وتقليم الأظافر وقص الشارب » أخرجه البخاري في اللباس باب تقليم الأظافر : ٧/ ٥٦ ومسلم في الطهارة باب خصال الفطرة : ١/ ٢٢١.

(٥) أهل بيته : سقطت من م .

(٦) انظر : الموطأ : ٢/ ٩٦٣ ، التفريع : ٢/ ٣٤٩ ، الرسالة : ٢٧٨ ، الكافي : ٦١٠ .

(٧) سورة النور ، الآية : ٢٨ .

﴿ فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلكم﴾ [1] وقوله ﴿ ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم﴾ [2] الآية ، ولأنه إذا دخل ولم يستأذن ربما صادف كراهة من القوم لدخوله أو كونهم على ضروب من الانبساط يكرهون أن يراهم الغير عليها .

فصل [٢٥ - في الاستئذان على الأقارب] :

وإنما قلنا يستأذن على الأقارب كاستئذانه على الأجانب لأنه متى فاجأهن بالدخول جاز أن يصادف منهن عورة لا يجوز له الاطلاع عليها [3] أو أمرا يكرهن الوقوف عليه منهن ، وقد نبه النبي ﷺ من سأله عن ذلك على هذا المعنى لقوله لما سأله (هل علي أن استأذن على أمي ، قال له « نعم » ، قال إني معها في البيت قال استأذن عليها قال إني خادمها ، قال استأذن عليها) [4] أتحب أن تراها عريانة [5] وفي طريق آخر : « أتحب أن ترى منها ما لا تحب » قال لا، قال » فأستأذن » [6] .

فصل [٢٦ - في جواز عدم الاستئذان على الزوجة والأمة] :

فأما أمته وزوجته الجائز له وطأها فليس عليه استئذانهن لأن أكثر ما في ذلك أن يصادف منهن تكشفاً وتبسطاً [7] وقد أبيح له النظر إلى أبدانهن .

---

(١) سورة النور الآية : ٥٩ .　　(٢) سورة النور الآية : ٥٨ .

(٣) في ق : عليهن .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق .

(٥) أخرجه مالك في موطئه (٢/٩٦٣) ، مرسلاً ، وقال ابن عبد البر عن الحديث أنه مرسل صحيح .

(٦) ذكره البخاري في الأدب المفرد من طريق مسلم بن النذير ومن طريق موسى بن طلحه وقال ابن حجر : وأسانيد هذه الآثار كلها صحيحة (فتح الباري : ١١/٢٥) .

(٧) في ق : ووسطا .

فصـل [٢٧ - في أن الاستئذان ثلاثا] :

وإنما قلنا إن الاستئذان ثلاثا لما روى أبو موسى الأشعرى وأبو سعيد الخدري أنه ﷺ قال : « الاستئذان ثلاث فإن أذن لك فأدخل وإلا فارجع » [١] ،ولأنه قد لا يسمع في أول مرة واحتيج إلى زيادة عليه فكانت الثلاثة أولى ماحد فيه .

فصـل [٢٨ - في رجوع من لم يسمع إذنا] :

وإنما قلنا إنه إذا رجع لقوله ﷺ : « فإن أذن لك فأدخل وإلا فأرجع [٢]،ولأن الدخول على الإنسان بغير إذنه غير جائز ، والزيادة على القدر الذي ورد به الشرع تعد لما حد فيه ، ولا يعلم [٣] إذا لم يؤذن له إنه يكره الدخول فلا ينبغي أن يزد [٤] .

فصـل[٢٩- في زيادة الاستئذان إذا لم يسمع] :

وإنما قلنا إنه إذا غلب على ظنه أنه لم يسمع جاز له أن يزيد لأنه إذا لم يسمع كان كمن لم يستأذن لأن الاستئذان الذي له حكم هو ما صادف سماعاً يعلم من المستأذن عليه هو إذن أو كراهة ، فإذا لم يسمع كان كالمستأذن على النائم فلا يكون لاستئذانه حكم .

فصـل [٣٠ - في السلام على الأهل] :

وإنما استحببنا أن يسلم على أهله لقوله تعالى : ﴿ فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ﴾ [٥] ،ولأنه إذا استحب له ذلك بسمع الأجانب كان

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب الخروج في التجارة : ٦/٢ ، ومسلم في الأدب باب الاستئذان : ١٦٩٤/٣ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريباً

(٣) في م : ولأنه يعلم .

(٤) في م : أن يؤذيهم .

(٥) سورة النور ، الآية : ٦١ .

أولى مع الأقارب ، ولأنها تحية ندب إليها فلم يختلف فيها حكم الأجانب والأقارب كتشميت العاطس .

فصــل [٣١ - في منع التناجي] :

ولا يتناجى اثنان دون واحد [١] لنهيه ﷺ عن ذلك [٢] ، ولأن في ذلك انكسار قلبه لأنه يعتقد أنهما يكرهان اطلاعه على ما هما فيه وستره عنه وارتيابه بهما ، وظنه أنهما في شيء من أمره ، و يجوز إذا كانوا جماعة لأنه قد شركه الباقون فيما يستر عنه من الحديث فيزول عنه الحزن .

فصــل [٣٢ - في تصرفات الإنسان بجوارحه] :

ما يتصرف فيه الإنسان بجوارحه على ضربين : منه ما يستحب له فعله بيمينه فإن فعله بشماله أساء وأجزاه ، ومنه ما يستحب له فعله بشماله فإن فعله بيمينه أساء إلا أن يكون له عذر في الموضعين .

فالضرب الأول كالعبادات التي ليس طريقها إزالة الأذى وأوائل الأفعال دون الخروج منها وذلك كالوضوء وتناول الشيء من يد غيره ، والأكل والشرب واللباس للنعل وما أشبه ذلك كل هذا يستحب له فعله بيمينه .

والآخر كالاستنجاء والاستنثار وخلع النعل وتنقية الأنف وغير ذلك من أزالة النجاسة والأذى فهذا كله مستحب له فعله بشماله [٣] ،والأصل في هذا قوله ﷺ: (« إذا توضأتم فابدءوا بميامنكم » [٤]) [٥] وقوله ﷺ « إذا انتعل أحدكم

---

(١) أنظر الموطأ : ٢/٩٨٨ ، التفريع : ٢/٣٥٥ ، الرسالة : ٢٧٨ .

(٢) أخرجه البخاري في الاستئذان باب لا يتناجى اثنان دون الثالث : ٧/١٤٢ ، ومسلم في السلام باب تحريم مناجاة الاثنين دون الثالث بغير رضاه : ٤/١٧١٧ .

(٣) انظر الموطأ : ٢/٩١٦ ، ٩٢٢ ، ٩٢٦ ، التفريع : ٢/٣٥٣ ، الكافي : ٦١٤.

(٤) أخرجه أبو داود في اللباس باب في الانتفال ، وابن ماجه في الطهارة باب التيمن في الوضوء : ١/١٤١ ، وأحمد : ٢/٣٥٤ وصححه ابن خزيمة : ١/٩١ ، وابن حبان في صحيحه .

(٥) ما بين قوسين من م .

فليبدأ بيمينه وإذا خلع فليبدأ بشماله ولتكن اليمنى أولهما تنتعل واليسرى أولهما للخلع »[1] ، وقوله ﷺ : « لا يأكل أحدكم بشماله ولا يشرب بشماله (فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله)[2] [3] ، وقالت عائشة رضي الله عنها : كانت يمينه ﷺ لوجهه وشماله لما وراء ذلك[4] .

فصل [٣٣ - في منع المشي في نعل واحد] :

ولا ينبغي أن يمشي الرجل في نعل واحد[5] لنهي رسول الله ﷺ عن ذلك وقوله « لينتعلها جميعاً أو يخلعها جميعاً »[6] ، ولأن ذلك يشغل قلبه ويؤثر فيه ضربا من التخيل والاضطراب ، ولأنه ضرب من الشهرة والتعريض لأن من يراه نسبه إلى اختلال الرأي ونقصان المروءة وقلة التحصيل ويطرق عليه اللهو وذلك خلاف موجب المروءة والتصور[7] ، ويجوز ذلك في الشيء الخفيف إذا كان هناك عذر وهو أن يمشى في إحداهما متشاغلاً بإصلاح الأخرى ، و إن كان الاختيار أن يقف إلى الفراغ منها لأنه ينسب حينئذٍ إلى شيء مما يكره ، وإنما تناول له في العجلة والإسراع إلى مالا يأمن فوته فيكون ذلك عذرا له .

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس باب ينزع نعل اليسرى : ٧/٤٩ ، ومسلم في اللباس والزينة باب استحباب لبس النعل في اليمنى أولا : ٣/ ١٦٦٠ .

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة باب آداب الطعام والشراب وأحكامها : ٢/١٥٩٨ .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) أخرجه البخارى في الوضوء باب التيمن في الوضوء والغسل : ١/ ٥٠ ، ومسلم في الطهارة باب التيمن في الطهور وغيره : ١/٢٢٦ ، بلفظ قريب منه .

(٥) انظر الموطأ : ٢/٩١٦ ، التفريع : ٢/٣٥٣ ، الكافي : ٦١٤ .

(٦) أخرجه البخاري في اللباس باب لا يمشي في نعل واحد ٧/٤٩ ، ومسلم في اللباس والزينه باب استحباب لبس النعل في اليمين أولا . . . : ٣/ ١٦٦٠ .

(٧) في م : التصديق .

فصل [٣٤ - في التسمية على الطعام] :

ويستحب للمرء أن يسم الله عند أكله وشربه ، وأن يحمد الله عند فراغه [(١)] لما روي أنه ﷺ كان إذا وضع يده في الطعام قال : « بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقتنا » [(٢)] ، وقال لعمر بن أبي سلمة : « سم الله وكل مما يليك » [(٣)] وروى أبو أمامة [(٤)] أنه ﷺ إذا فرغ من الطعام قال : « الحمد لله كثيراً طيباً مباركاً فيه » [(٥)] ، وروى أبو سعيد أنه ﷺ كان يقول « الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » [(٦)] .

فصل [٣٥ - في آداب الأكل الأخرى] :

وينبغي له أن يتناول اللقمة بيمينه لما بيناه ، ولا يأكل إلا مما يليه إذا كان الطعام نوعا واحداً [(٧)] لقوله ﷺ: « وكل مما يليك »[(٨)]،ولأن في تعديه

---

(١) انظر الموطأ : ٩٢٧/٢ ، التفريع : ٣٤٩/٢ ، الرسالة : ٢٧٥ ، الكافي : ٦١٣.

(٢) أخرجه أبو داود في الأطعمة باب التسمية على الطعام : ١٣٩/٤ ، الترمذي في الأطعمة باب ماجاء في التسمية على الطعام : ٢٥٣/٤ ، وقال حديث حسن صحيح .

(٣) أخرجه البخاري في الأطعمة باب الأكل مما يليه : ١٩٦/٦ ، ومسلم في الأشربة باب آداب الطعام : ١٥٩٩/٣ .

(٤) أبو أمامة : البلوي حليف بني حارثة اسمه إياس وقيل عبد الله بن ثعلبه ، وقيل ثعلبه بن عبد الله أو ابن سهيل ، صحابي (تقريب التهذيب : ٦١٩) .

(٥) أخرجه البخاري في الأطعمة باب ما يقول إذا فرغ من طعامه : ٢١٤/٦ .

(٦) أخرجه أبو داود في الأطعمة باب ما يقول الرجل إذا طعم : ١٨٧/٤ ، والترمذي في الدعوات باب ما يقول إذا قفرغ من الطعام : ٤٧٣/٥ ، وقال هذا حديث حسن صحيح.

(٧) انظر الموطأ : ٩٢٧/٢ ، التفريع : ٣٤٩/٢ - ٣٥٠ ، الرسالة : ٢٧٤ ، الكافي : ٦١٣ .

(٨) سبق تخريج الحديث قريبا .

ما يلي غيره دناءة وقلة مروءة وأدب (١) ، وإذا كان أنواعاً مختلفة جاز أن يجيل يده في نواحيه لأنه ينسب (٢) في ذلك إلى غرض صحيح غير مستقبح وهو إرادة النوع الذي في الناحية البعيدة عنه .

فصل [٣٦- في منع النفخ في الطعام] :

ولا ينبغي أن ينفخ في طعام ولا شراب ولا أن يتنفس في إنائه ، وإذا ضاق النفس بالشارب فلينح (٣) القدح عن فيه فإذا تنفس أعاده (٤) لما روي أنه ﷺ نهى عن النفخ في الشراب (٥) ، فقال له رجل : إني أروى من نفس واحد فقال له ﷺ : « فأبن القدح عن فيك وتنفس » (٦) ، وروي أنه ﷺ قال : «اشرب في ثلاثة أنفاس فهذا أهنا وأمرأ » (٧) ، ولأنه إذا تنفس فى الإناء جاز أن يطير مع نفسه شيء من ريقه أو أنفه فتعافه النفس وينسب إلى القذارة ، (وكذلك قلنا إنه إذا رأى القذراة) (٨) في الإناء أراقها ولم ينفخها ووردت الرواية بذلك .

---

(١) في ق : اداب .

(٢) في ق : سبب .

(٣) في ق : فليتنح .

(٤) انظر الموطأ : ٢/٩٢٤ ، التفريع : ٢/ ٣٥٠ ، الرسالة : ٢٧٥ ، الكافي : ٦١٣.

(٥) في ق : الشرب .

(٦) أخرجه مالك : ٢/٩٢٥ ، الترمذي في الأشربة باب ما جاء في كراهية النفخ في الشراب : ٤/٢٦٩ ، وقال هذا حديث حسن صحيح .

(٧) أخرجه مسلم في الأشربة باب كراهية التنفس في نفس الإناء : ٣/١٦٠٣ .
بلفظ « أن النبي ، كان يتنفس في الإناء ثلاثاً ويقول هو : أروي وأمرأ وأبرأ » وفي رواية أبي داود « أهنأ » بدل أروي .

(٨) ما بين قوسين سقط من ق .

فصـــل [٣٧- في جواز الشرب قائماً] :

ويجوز الشرب قائماً لأنه ﷺ فعل ذلك [١] ، وذكر مثله عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وروي عن سعد وابن عمر وعائشة [٢] رضي الله عنهم أجمعين.

فصـــل [٣٨ - في كراهية الأكل متكئا] :

يكره الأكل متكئا لقوله ﷺ : « أما أنا فلا آكل متكئا » [٣] ،ولأن ذلك من فعل الأعاجم اعتقاداً للتجبر والتعظيم ، وإذا أراد دفعه إلى غيره دفعه إلى الأيمن لما بيناه من استحباب التيامن على غيره ، ولما روي أنه ﷺ أتي بشراب وعن يمينه أعرابي وعن شماله أبي بكر وعمر والأشياخ [٤] ، فقال للأعرابي وإن أذنت دفعت إلى أبي بكر» ، فقال الأعرابي : لا أوثر بنصيبي منك أحداً : « فتله [٥] رسول الله ﷺ في يده » [٦] ، ولأن ذلك مذهب العرب وسنتها فإذا أكده الشرع كان أدخل في الندب وأولى بالاستحباب .

فصـــل [٣٩ - في تحريم الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة] :

ولا يجوز الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة ، ولا اتخاذها لاستعمال في غير ذلك [٧] ، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ « الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم » [٨] ، وكذلك الأكل أيضا ممنوع لأن

---

(١) فقد ثبت أنه ﷺ شرب قائماً من زمزم أخرجه البخاري في الأشربة باب الشرب قائماً : ٦/٢٤٨ ، ومسلم في الأشربة باب في الشرب من زمزم قائماً : ٣/ ١٦١٠ .

(٢) أخرج هذا الآثار : مالك : ٢/ ٩٢٥ - ٩٢٦ ، أبو داود : ٤/ ١٠٩ ، الترمذي : ٤/ ٢٢٦ .

(٣) أخرجه البخاري في الأطعمة باب الأكل متكئاً : ٦/ ٢٠١ .

(٤) الأشياخ : هم كبار الصحابة رضوان الله عليهم .

(٥)فتله : أين ألقاه (أنظر الصحاح : ٤/ ١٦٤٥) .

(٦) أخرجه البخاري في الأشربة باب الأيمن فالأيمن : ٦/ ٢٤٨ ، ومسلم في الأشربة باب استحباب إدارة الماء واللبن ونحوهما عن يمين المبتدىء : ٣/ ١٦٠٣ .

(٧) أنظر الموطأ : ٢/ ٩٢٤ ، التفريع : ٢/ ٣٥١ .

(٨) أخرجه البخاري في الأشربة باب آنية الفضة : ٦/ ٢٥١ ، ومسلم في اللباس والزينة باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة : ٣/ ١٦٣٤ .

المعني فيه وفي الشرب واحد وهو الخيلاء والتجبر ، ولأنه من ضروب ملوك الأعاجم والأكاسرة (١) ، ويجوز استعمال المضبب (٢) إذا كان يسيراً .

فصـل [٤٠ - في آداب النوم] :

وينبغي لمن أراد النوم أن يوكيء سقاءه (٣) ويكفي إناءه (٤) ويغلق بابه ويطفيء سراجه (٥) لورود الخبر بنص ذلك ، ولأنه لا يأمن أن يتعدى من تركه ضررا إذا لم يكن للسراج من يراعيه أو أن يعبث بالاناء شيء من الهوام ،وأما إغلاق الباب فاحترازا من السارق ، وقد قال ﷺ : « أوكوا السقاء وأكفؤا الاناء واطفؤوا المصباح فإن الفويسقة تضرم على الناس بيوتهم » (٦) ، وفي بعض الأمهات فصل زائد.

فصـل [٤١ - في جواز الشرب قائماً] :

يجوز الشرب قائماً لأنه ﷺ فعل ذلك والسلف (٧) ، وقال ابن عمر كنا نأكل ونحن نسعى ونشرب ونحن قيام على عهد رسول الله ﷺ (٨) .

---

(١) الأكاسرة : جمع الكسرى - على غير قياس - ، وكسرى : هو لقب لملوك الفرس (الصحاح : ٢/٨٠٦) .

(٢) في ق : المنضب .

(٣) أي شد وربط رأس القربة بالوكاء وهو الخيط .

(٤) أي اقلبوه ولا يترك للعق الشيطان ولحس الهوام وذوات الأقذار .

(٥) انظر الموطأ : ٢/٩٢٩ ، التفريع : ٢/ ٣٥٠ .

(٦) أخرجه مسلم في الأشربة باب الأمر بتغطية الاناء : ٣/ ١٥٩٤ .

(٧) اعاد المصنف هذا الفصل بعد أن ذكره قريباً ؟!

(٨) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة باب الأكل قائماً : ٢/١٠٩٨ ، الترمذي في الأشربة باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً : ٤/ ٢٦٥ ، وقال هذا حديث صحيح غريب .

فصـل [٤٢ - في كراهية تعمد غسل اليد للأكل] :

كره مالك تعمد غسل اليد للأكل (١) لأنه من زي الأعاجم ، ولم يرو عن السلف إلا أن يخاف أن يكون مس بيده شيئاً يكره أن يباشر به الطعام ، ولأن ذلك إن كان مقصودا به المبالغة في النظافة فيكره له الاقتداء بالأعاجم مع مضادتهم العرب واعتقادهم أنهم أبصر وأعرف بتدبير الأمور وسائر (٢) النظافة لأن التخلق بأخلاق العرب في الجملة أولى ، والتعلق بآدابهم وسننهم أحق إلا قدر ما ورد به الشرع بمنعه .

فصـل [٤٣ - في اجتناب المسجد علي آكل الكراث والبصل والثوم] :

وينبغي لآكل الكراث (٣) والبصل والثوم اجتناب المسجد (٤) لقوله ﷺ «من أكل من هذه البقلة الخبيثة فلا يقربن مصلانا » (٥) ، وقوله ﷺ « من أكل هذه الشجرة فلا يقربنَّ مسجدنا يؤذينا بريح الثوم » (٦) ، وروي أنه ﷺ كان يجتنب ذلك لأجل جبريل عليه السلام (٧)) (٨) .

---

(١) هذا الذي قال مالك رده ابن عبد البر بحديث سليمان رضي الله عنه « غسل اليد قبل الطعام ينفي الفقر . . » وقال إنه صحيح ، ولكن قال مالك : ليس العمل عليه وقال ابن وهب يغسلها (انظر الكافي : ٦١١ - ٦١٢ ، شرح زروق وشرح ابن ناجي على الرسالة: ٣٨٨ ، الفوكه الدواني : ٣٥٠) .

(٢) في م : آلة .

(٣) الكراث : بقل معروف (الصحاح : ١/ ٢٩٠) .

(٤) انظر الرسالة : ٢٧٥.

(٥) أخرجه أبو داود في الأطعمة باب في أكل الثوم : ٤/ ١٧١ ، وقال الهيثمي رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد : ٢/ ٢٠) .

(٦) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب نهي من أكل ثوماً أبو بصلاً أو كراثاً : ١/ ٣٩٣ .

(٧) فقد روي أنه ﷺ أتي ببدر - أي بطبق - فيه خضروات من البقول فوجد لها ريحا فسأل فأخبر بما فيها من البقول ، فقال قربوها إلى بعض أصحابه كان معه فلما رآه كره أكلها قال : كل فإني أناجي من لا تناجي » أخرجه البخاري ، في الآذان باب الثوم النيء والبصل : ١/ ٢٠٧ .

(٨) ما بين قوسين سقط من م .

فصـل [٤٤ - استحباب غسل اليد والفم من الدسم] :

يستحب غسل اليد والفم من الدسم [١] لأمره ﷺ بذلك [٢] ، وروي أنه ﷺ شرب لبنا فمضمض ، وقال : إن له دسما » [٣] ، وإن لم يكن في طعامه ذلك فليس عليه غسل يده ، وقد روي أن منديل عمر رضي الله عنه كان بطن قدمه [٤].

فصـل [٤٥ - إجابة وليمة العرس] :

ولا بأس بالإجابة إلى وليمة العرس [٥] لقوله ﷺ : « من دعي إلى وليمة فليجب » [٦] فلينبغي ألا يمتنع من دعي إليها من الحضور بخلاف دعوة الختان وغيرها ، وإن أجاب إلى ذلك فلا بأس وإن امتنع فلا بأس [٧] ، وإنما استحببنا حضور وليمة النكاح لأن في ذلك معونة على إظهاره ، والمبالغة في إعلانه وذلك مستحب فيه ، وليس عليه أن يأكل وإنما عليه أن يحضر لقوله ﷺ : « من دعى إلى وليمة فليجب فإن كان مفطراً فليأكل وإن كان صائما فليصل » [٨] « أى

---

(١) أنظر الرسالة : ٢٧٤ ، الكافي : ٦١٤ .

(٢) أخرج الترمذي حديث « من نام وفي يده غمر فأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه » . في الأطعمة باب ما جاء في كراهية البتوته وفي يده ريح غمر : ٤/ ٢٥٥ ، وقال هذا حديث حسن غريب .

(٣) أخرجه البخاري في الأشربة باب شرب اللبن ٦/ ٢٤٧ ، ومسلم في الحيض باب نسخ الوضوء مما مسته النار : ١/ ٢٧٤ .

(٤) لم أجده ، ولكنه روي عن جابر قال : كنا زمن النبي ﷺ لا نجد مثل ذلك الطعام إلا قليلا فإذا نحن وجدناه لم يكن لنا مناديل إلا أكفنا سواعدنا وأقدامنا . . . (أخرجه البخاري في الأطعمة باب المناديل : ٦/ ٢١٣ - ٢١٤) .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٥٤٦ ، التفريع : ٢/ ٣٥٥ ، الكافي : ٦١٤ .

(٦) أخرجه مسلم في النكاح باب الأمرم بإباحة الداعي إلى دعوة : ٢/ ١٠٥٤ .

(٧) وأن امتنع فلا بأس : سقطت من م .

(٨) سبق تخريج الحديث قريبا .

فليدع ، وهذا إذا كانت الوليمة (خالية من اللعب والمنكر كالطبل والزمر ، وإن كان فيها شيء من ذلك فلا ينبغي حضوره إلا أن يكون خفيفا لا ينكر نوعه فلا بأس به) (١) .

فصـــل [٤٦ - كراهية تسرع أهل الفضل في إجابة الدعوة إلى الطعام] :

يكره في الجملة لأهل الفضل التسرع إلى إجابه الطعام والتسامح بذلك (٢) ، لأن فيه مذلة ، ودناءة وإضاعة للتصاون وأخلاق ذوي الهيئة عند دماءة النفس ونسبة فاعله إلى الشره ودناءة النفس وجرأته عليه وانبساطه ،وسيما إن كان حاكماً أو ممن يتعلق به حقوق الناس واعتقاد منهِّ عليه (٣) ،وقد قيل : ما وضع أحد يده في في قصعة أحد إلا ذل له .

فصـــل [٤٧ - في عيادة المريض وشهود الجنازة] :

عيادة المسلم أخاه إذا مرض مستحبة مندوب إليها (٤) لقوله ﷺ : « من حق المسلم علي المسلم ثلاث : فذكر ويعوده إذا مرض (٥) » ، وقوله ﷺ : « لا تقاطعوا ولا تدابروا » (٦) ، وروي : إذا عاد الرجل المريض خاض الرحمة(٧) فإذا قعد عنده قرت فيه » (٨) وشهادة جنازته آكد في الاستحباب من عيادته (٩) لقوله ﷺ « ويشهد جنازته إذا مات » (١٠) ولأنه إلى الدعاء له بعدالموت أحوج منه إليه حال الحياة .

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) انظر التفريع : ٣٥٥/٢ ، الكافي : ٦١٤ .

(٣) عليه : سقطت من ق .

(٤) انظر الموطأ : ٩٤٦/٢ ، الرسالة : ٢٦٧ ، الكافي : ٦١٥ .

(٥) سبق تخريج الحديث ١٦٩٦ .

(٦) سبق تخريج الحديث .

(٧) خاص الرحمة : شبه الرحمة بالماء من الخوض .

(٨) أخرجه مالك في الموطأ : ٩٤٦/٢ .

(٩) انظر الرسالةن : ١٦٧ .

(١٠) سبق تخريج الحديث ١٦٩٦ .

فصل [٤٨ - في تحريم الغيبة وما جاء في حفظ اللسان] :

والغيبة [(١)] حرام [(٢)] لقوله عز وجل ﴿ ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه ﴾ [(٣)] ، ولما روي من الآثار في منعها والنهي عنها ، ولأن فيها مؤدى إلى العداوة والبغضاء و إفساد المودات وتولد الأحقاد وذلك ضد المأمور به ،ويجب في الجملة لأهل الدين والعلم والفضل والورع حفظ ألسنتهم واستعمال الصمت والاقلال من الكلام إلا فيما لا بد منهم وما تدعوا الحاجة إليه من دعاء أو قراءة أو درس أو تعليمه أو مصلحة حال الإنسان ، فإن في الإكثار منه السقط والخطل والتعريض للزلل ولمثل ذلك مدح العلماء الصمت ، وقال مالك رحمه الله : من عد كلامه من عمله [(٤)] قل كلامه [(٥)] ، وروي أن عمر دخل على أبي بكر الصديق رضي الله عنهما وهو يجبذ بلسانه ويقول : هذا أوردني الموارد [(٦)] .

فصل [٤٩ - في منع الحرير والتختم بالذهب للرجال وإباحته للنساء] :

لبس الحرير ممنوع للرجال مباح للنساء [(٧)] لقوله ﷺ « الحرير محرم على ذكور أمتي » [(٨)] ، وقوله : « لباس من لا خلاق له » [(٩)] ، ويجوز للنساء لأن

---

(١) الغيبة : وهو أن يذكر أخاه بما يكره من العيوب .

(٢) انظر الموطأ : ٢/٩٨٧ ، الرسالة : ٢٦٧ ، الكافي : ٦١٣،٦١٥ .

(٣) سورة الحجرات ، الآية : ١٢ .

(٤) في م : من علمه .

(٥) انظر الموطأ : ٢/٩١١ - ٩١٢ ، الرسالة : ٢٧٢ .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/٩٨٨ .

(٧) انظر الموطأ : ٢/٩١٢ ، التفريع : ٢/٣٥١ ، الرسالة : ٢٧٢ .

(٨) أخرجه أبو داود في اللباس باب الحرير للنساء : ٤/ ٣٣٠ ، وابن ماجه في اللباس باب لبس الحرير . . . : ٢/١١٨٩ ، والنسائى في الزينة باب تحريم الذهب على الرجل : ٨/١٣٨ والترمذي في اللباس باب في الحرير والذهب : ٤/١٨٩ وقال حسن صحيح .

(٩) أخرجه البخاري في الجمعة باب يلبس أحسن ما يجد : ١/٢١٤ ومسلم في اللباس باب استعمال إناء الذهب : ٣/١٦٣٩ .

الزينة مباح لهن ، ولأن ذ لك ينفعهن عند الأزواج ، وكذلك التختم بالذهب ممنوع للرجل [(١)] لنهيه ﷺ عنه للرجال [(٢)] ، ويجوز للنساء .

فصل [٥٠ - في جواز لبس الخز ويسير الحرير] :

ويجوز لبس الخز [(٣)] لأنه ليس من الحرير وقد لبسه السلف [(٤)] ، وكرهه مالك لأجل السرف وإن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز ، وقد رخص في اليسير منه كالعلم في الثوب وشبهه [(٥)] .

فصل [٥١ - حكم التماثيل والصور] :

ولا يجوز التماثيل في بناء أو لباس أو فراش إلا أن يكون رقما في ثوب[(٦)]،والأصل فيه نهيه ﷺ عنه وتشديده وقوله « إن الملائكة لاتدخل بيتا فيه كلب ولا صورة » [(٧)] وقوله : « أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون » [(٨)]، وقوله « إن أصحاب هذه الصور يقال لهم يوم القيامة احيوا ما خلقتم » [(٩)] ، وقوله لعائشة رضي الله عنها «لم تزل الملائكة تدفعني في القرام الذي نصبتيه » [(١٠)].

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٩١٢ ، التفريع : ٢/ ٣٥١ ، الرسالة : ٢٧٢ .

(٢) أخرجه البخاري في اللباس باب خواتيم الذهب : ٧/ ٥٠ ، ومسلم في اللباس باب في تحريم خاتم الذهب : ٣/ ١٦٥٤ .

(٣) الخز : اسم دابه ثم أطلق علي الثوب المتخذ من دبرها (المصباح المنير : ١٦٨) .

(٤) فقد روى مالك عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها كست عبد الله بن الزبير مطرف خز كانت عائشة تلبسه (الموطأ : ٢/ ٩١٢) .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٩١٢ ، الرسالة : ٢/ ٣٥١، الرسالة : ٢٧٢ .

(٦) انظر التفريع : ٢/ ٣٥٢ ، الرسالة : ٢٧٠ .

(٧) أخرجه البخاري في البيوع باب التجارة فيما يكره لبسه للرجال والنساء : ٢/ ١٦ ، ومسلم في اللباس والزينة باب لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صوره : ٣/ ١٦١٩ .

(٨) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب تحريم تصوير صورة الحيوان : ٣/ ١٦٦٧ .

(٩)هو جزء من الحديث الذي قبل هذا .

(١٠) أخرجه البخاري في الصلاة باب إذا صلى في ثوب مصلب أو تصاوير : ١/ ٩٩ بلفظ اميطي عنا قرامك هذا فإنه لا تزال تصاوير تعرض في صلاتي . .».

فصـل [٥٢ - في كون التختم في اليسار] :

والاختيار التختم في اليسار لأن ذلك هو المروي عن النبي ﷺ (١) والسلف الأكثر منهم ، ولأن خلافه قد صار كالشعار للمبتدعة ، علل بعض أصحابنا بأن المتناول باليمين ليوضع الشمال .

فصـل [٥٣ - ما يكره للنساء لبسه من الثياب] :

يكره أن يلبس النساء من الرقيق ما يبين منه أبدانهن (٢) لأن ذلك من التبرج وابداء الزينة المنهي عنها ، وفي ذلك قال النبي ﷺ « كاسيات في الدنيا عاريات يوم القيامة لايدخلن الجنة ولا يجدن ريحها (٣) » ، وروي أن حفصه بنت عبد الرحمن دخلت على عائشة وعليها خمار رقيق فشقته عائشة رضي الله عنها وكستها خماراً كثيفاً (٤) .

فصـل [٥٤ - في عدم جواز الثوب بطرا وخيلاء] :

ولا يجوز لأحد أن يجر ثوبه بطراً ولا خيلاء (٥) لقوله ﷺ « لا ينظر الله يوم القيامة إلى من يجر إزاره بطرا » وروي « خيلاء » (٦) ويستحب تقصير الثياب إرادة التواضع ولينفي عن الرجل الخيلاء في المشية واللبسة المتوعد عليها(٧)، وفي الحديث : « بينما رجل ممن كان قبلكم يتبختر في حلة فأمر الله

---

(١) فقد روي عن أنس أنه قال كان خاتم النبي ﷺ في هذا وأشار إلى الخنصر اليسرى،أخرجه مسلم في اللباس باب في لبس الخاتم في الخنصر من اليد : ٣/ ١٦٥٩ .

(٢) انظرم الموطأ : ٢/ ٩١٣ ، التفريع : ٢/ ٣٥٣ ، الرسالة : ٢٧٠ .

(٣) اخرجه مسلم في اللباس والزينة باب النساء الكاسيات العاريات : ٣/ ١٦٨٠ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٩١٣ .

(٥) البطر : هو الطغيان وتجاوز الحد ، والخيلاء هي الحركة في تلون وكبر وعجب (معجم مقاييس اللغة : ١/ ٢٦٢ ، ٢٣٥) ..

(٦) أخرجه البخاري في اللباس باب من جر ثوبه من الخيلاء ، ومسلم في اللباس باب تحريم جر الثوب خيلاء .

(٧) انظر الموطأ : ٢/ ٩١٤ ، التفريع : ٢/ ٣٥٣ ،الرسالة : ٢٧٠ .

عز وجل الأرض أن تبلعه فهو يتجلجل فيها إلى يوم القيامة » [١] ، وقال ﷺ «إزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين فما زاد ففي النار » [٢] ، وهذا للرجال فأما النساء فلهن الزيادة على ذلك نحو الشبر وما زاد عليه إلى الذراع لما روي أن أم سلمة قالت فكيف بالنساء يا رسول الله ﷺ : «يرخين شبراً » قال : إذا تبدوا أسواقهن وأقدامهن قال : « فذراع ولا يزدن عليه » [٣] .

فصل [٥٥ - في النهي من اشتمال الصماء] :

اشتمال الصماء [٤] على غير ثوب منهي عنه ، وعلي ثوب مختلف أصحابنا فيه والاحتباء على غير ثوب منهي عنه أيضاً [٥] ، والأصل فيه ما روي أنه ﷺ نهي عن لبستين اشتمال الصماء وأن يحتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء [٦] ووجه الجواز إذا كان على الثوب أن المنع من ذلك خيفة انكشاف العورة فإذا أمن هذا جاز ،ووجه المنع عموم النهي لأن المنع من ذلك لصفة اللبسة وذلك موجود وإن كانت من وراء ثوب .

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ أحمد : ٢/ ٤٩٤ ، وفي مسلم بلفظ قريب منه : في اللباس باب تحريم التبختر في المشي : ٣/ ١٦٥٤ .

(٢) أخرجه أبو داود في اللباس باب في قدر موضع الإزار : ٤/ ٣٥٣ ،. وابن ماجه في اللباس باب موضع الازار أين هو : ٢/ ١١٨٣ ، ومالك : ٢/ ٩١٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في اللباس باب في قدر الذيل : ٤/ ٣٦٥ ، والنسائى في الزينة باب ذيول النساء : ٨/ ١٨٤ ، ومالك : ٢/ ٩١٥ .

(٤) اشتمال الصماء : هي أن يشتمل الرجل بالثوب الواحد على أحد شقيه فيبدو أحد شقيه ليس عليه ثوب وسميت صماء لأن يده حينئذ تصير داخل ثوبه فإن أصابه شيء يريد الاحتراس منه والاتقاء بيديه تعذر عليه وإن أخرجها من تحت الثواب انكشفت عورته (انظر الفواكه الدواني : ٢/ ٣٨) .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٩١٧ ، التفريع : ٢/ ٣٥٣ ، الرسالة : ٢٧١ .

(٦)أخرجه البخاري في اللباس باب الاحتباء في ثوب واحد : ٧/ ٤٢ .

فصل [٥٦ - في أحكام جملة أقسام اللباس] :

جملة أقسام اللباس خمسة متعلقها [١] : واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومباح وهذه الأحكام تثبت على وجهين : أحدهما على وجه العموم[٢]، والأخرى على وجه الخصوص ثم متعلقها وجهان [٣] ، وثبوت هذه الأحكام لها ضربان : راجع إلى حق الله عز وجل وراجع إلى حق الإنسان ونحن نبين جملة ذلك [٤] .

أما الواجب فما يستر العورة عن أعين الناس [٥] وهذا القسم عام غير خاص وهو الراجع إلى حق الله تعالى ، وأما الراجع منه إلى حق الإنسان فما يقي من الحر والبرد ويستدفع به الضرر في الحروب وما أشبه ذلك ، ولسنا نريد بأنه يرجع إلى حق المخلوق أنه يجوز له تركه لأنه لو كان كذلك [٦] لم نصفه بأنه واجب وإنما نريد أنه يجب لأجل المخلوق لا لعبادة هو شرط في صحتها وهذا أيضاً عام غير خاص .

فأما المندوب : على التقسيم الذي ذكرناه فما هو لحق الله كالرداء في الجماعة وأن لا يعري منكبيه من شيء والثياب الجميلة في الأعياد وما في معنى ذلك ، والراجع إلى حقوق المخلوقين ما يتجملون به بينهم وما لا يزدري بصاحبه ولا ينقص من مروءته وهذا من حقوق الأدميين وهو عام في الندب .

فأما المحظور : فعلى ضربين عام وخاص ، فالعام منه ضربان راجع إلى نوع الملبوس وراجع إلى صفة اللبس ، والأول منه السرف الزائد على القدر المأذون

---

(١) متعلقها : سقطت من م .

(٢) في م : على وجه المنع ظ : وهو خطأ .

(٣) في م : وجهات .

(٤) انظر الموطأ : ٢/ ٩١٠ ، التفريع : ٢/ ٣٥٣ ، الرسالة : ٢٧١ .

(٥) في م : المخلوقين .

(٦) في ق : له ذلك .

فيه المخرج صاحبه إلى الخيلاء والبطر ، والثاني منه اشتمال الصماء والحبوة على غير ثوب وهذا عام في كل لابس وخصوصه في الصفة مختلف فيه : أعني إذا اشتمل الصماء من فوق ثوب وهذا يستر العورة ، صفة اشتمال الصماء أن يلتحف بالثوب ويرفعه على أحد جانبيه فلا يكون ليده موضع يخرج منه ولذلك سمي الصماء ، والاحتباء مذهب العرب وصفته : أن يجلس ويضع ركبتيه (ويدير ثوبه من وراء ظهره إلى أن يبلغ به ركبته) [1] ويشده حتى يكون كالمعتمد عليه والمستند إليه ، وهذا إذا كان تحته الثوب يستر العورة فهو داخل في قسم المباح ، وإن كان على غير ثوب فهو محظور لأدائه إلى كشف العورة ومنه التلثم وتغطية الأنف في الصلاة وقد ذكرناه ،وأما الخاص فالحرير وتحريمه للذكور دون الإناث وليس من هذا الباب الثوب النجس [2] لأن ذلك لا يرجع إلى اللبس ، وإنما يرجع إلى حمل النجاسة بدليل منعه لبس الثوب الذي فيه نجاسة على حد منعه أن يستعملها في بدنه وليس ذلك بلبس ، ومنه التختم بالذهب إن عد لباسا ومنه لبس المخيط في الإحرام ، وكل هذا القسم يرجع إلى حق الله ولعل فيه ما يرجع إلى حق الأدميين والظاهر الأول .

وأما المكروه : فنقيض المندوب إليه فيغنينا عن التفصيل ، ومنه في الجملة ما خالف زي العرب وأشبه زي الأعاجم وعاداتهم كالتعمم بغير تحنيك ، وقد روي « تلك عمامة الشيطان » [3] ، وترك التردى وما أشبه ذلك لأن سنة العرب ومذاهبها هي سنة النبي ﷺ ومذهبه إلا قدر ما نهى عنه .

وأما المباح : فما يرجع إلى نوع الملبوس كالقطن والكتان والصوف ، وإلى صفته كالقميص والمناديل والعمائم وثياب النساء ومنه راجع إلى صفة اللبس كالرداء والاحتباء والسدل وهو أن يطرح رداءه على منكبيه ويبقى وسطه على

---

(١) ما بين قوسين سقط من ق .

(٢) في م : الذي فيه نجاسه .

(٣) لم أعثر عليه .

رأسه أو ظهره ، وقد يكون عاما وقد يكون خاصا على ما بيناه وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه على ما أغفلناه .

فصـل [٥٧ - في دخول الحمام] :

دخول الحمام جائز للرجال إذا كان بمئازر ولا يجوز للنساء إلا من علة إما من مرض لا يصلحه إلا الحمام أو الحاجة إلى الاغتسال لحيض أو نفاس لشدة البرد ... اسخان الماء في غيره وما أشبه ذلك [١] ، وإنما فرقنا بين الرجل والمرأة في ذلك لقوله ﷺ « الحمام بيت لا يستر فيه لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر ، ولا أمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تدخله إلا من علة»[٢] ، وروي أن نسوة من أهل حمص دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت لعلكن من النساء اللاتي يدخلن الحمامات قلن : إنا لنفعل ذلك فقالت أما إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : أيما امرأة نزعت ثيابها في غير بيت زوجها فقد هتكت ما بينها وما بين الله عز وجل [٣] ، وقال بعض متأخري أصحابنا إن هذا النهي إنما كان في الوقت الذي لم يكن للنساء مفرداً ، فأما اليوم فقد زال ذلك فيجب أن يجوز .

فصـل[٥٨ - في منع وصل الشعر والوشم] :

ووصل الشعر والوشم ممنوع منه [٤] لقوله ﷺ : « لعن الله الواصلة

---

(١) انظر ، التفريع : ٣٥٦/٢ ، الرسالة : ٢٧١ ، الكافي : ٦١١ .

(٢) أخرجه الترمذي في الأدب باب ما جاء في دخول الحمام : ١٠٤/٥ وقال هذا حديث حسن غريب ونص الحديث : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام ... ازار ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام ..» وليس فيه «... إلا من علة » .

(٣) أخرجه أبو داود في الحمام في أوله : ٣٠١/٤ ، وابن ماجه في الأدب باب دخول الحمام : ١٢٣٤/٢ ، والترمذي في الأدب باب ماجاء في دخول الحمام : ١٠٥/٥ وقال ... حديث حسن .

(٤) انظر الرسالة : ٢٧٠ .

والمستوصلة والواشمة والمستوشمة »[1] والمعنى في ذلك أن فيه غروراً وتدليساً .

فصـل [٥٩ - في الخضاب] :

والخضاب[2] جائز وتركه واسع إلا بالسواد فإنه يكره[3] ، وإنما قلنا إنه جائز لأن رسول الله ﷺ كان يخضب بالحناء والكتم[4] ، وروي عن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم[5] ، وقال مالك[6] كان رسول الله ﷺ لا يخضب[7] قال يدل على ذلك أن عائشة رضي الله عنها سئلت وقالت : كان أبو بكر يخضب[8] فلو كان رسول يخضب لذكرته ، لأنه لا يجوز أن يخفى ذلك عليها وإنما كره السواد لأن ذلك تدليسا على النساء وإيهاما أنه خلقة وأنه باق على الشباب فتدخل المرآة على ذلك ولو عرفت أنه خضاب لم تدخل عليه .

فصـل [٦٠ - في تحريم خلوة الرجل بالمرأة] :

ولا يخلو رجل بامرأة ليست منه بمحرم للنهي عن ذلك[9] ، وقوله ﷺ « إن

---

(١) أخرجه البخاري في الناس باب الموصولة : ٧/ ٦٣ ، ومسلم في اللباس باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة : ٣/ ١٦٧٧ .

(٢) الخضاب : الحناء .

(٣) انظر الموطأ : ٢/ ٩٤٩ ، التفريع : ٢/ ٣٥٣ ، الرسالة : ٢٧٢ .

(٤) أخرجه أحمد : ٤/ ١٦٣ ، وقال الهيثمي : رواه البزار وفيه يحيى بن أبي كثير أبو النفير وهو ضعيف جدا (مجمع الزوائد : ٥/ ١٦٣) . والكتم : نبت فيه حمرة يخلط مع الوسمة للخضاب الاسود (الصحابي : ٥/ ٢٠١٩) .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٩٥٠ وابن أبي شيبه : ٨/ ٤٣٣ .

(٦) في ق : وقالوا .

(٧) الموطأ : ٢/ ٩٥٠ .

(٨) الموطأ : ٢/ ٩٥٠ .

(٩) انظر التفريع : ٢/ ٣٥٤ ، الرسالة : ٢٦٩ - ٢٧٠ ، الكافي : ٦١٢ .

الشيطان ثالثهما »[1] وفائدته أن الشيطان يدعوه إلى المعصية مع الخلوة ، وإذا كان معها غيره راقبه وخاف أن يطلع عليه أو لا يحدث نفسه بذلك فيكون على أصل[2] خشية الله من مواقعة المعصية لارهبة من الخلق .

فصــل [٦١ - نوم الاثنين في لحاف واحد] :

ولا يجتمع رجلان ولا أمرأتان متعريين في لحاف أو إزار واحد[3] للنهي عن ذلك[4] ، ولأن كل واحد يرى عورة صاحبه .

فصــل [٦٢ - في غض البصر] :

يجوز النظر إلى المتجالة ويكره إلى الشابة إلا لعذر من شهادة أو علاج أو غير ذلك[5] ، لأن الشابة لا تؤمن الفتنة بها والتلذذ بالنظر إليها والمتجالة قد زال منها هذا المعنى ، وقد قال الله تعالى ﴿ والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة ﴾[6] الآية، ويجوز النظر إلى الشابة عند الخطبة لاباحته ﷺ ذلك وقوله « فإنه أحرى أن يؤدم بينكما »[7] ، ولا يجوز أن يطلع[8] منها على محرم لأن ذلك لا يجوز إلا بالعقد المبيح له .

---

(١) أخرجه أحمد : ٣/ ٣٣٩ عن جابر مرفوعاً وعن ابن عباس معناه متفق عليه (إرواء الغليل : ٦/ ٢١٥) .

(٢) في م : أفضل .

(٣) انظر التفريع : ٢/ ٣٥٦ ، الرسالة : ٢٧١ ، الكافي : ٦١١ .

(٤) في قوله ﷺ « ولا يفضي الرجل إلى الرجل في الثوب الواحد ، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد » أخرجه مسلم في الحيض باب تحريم النظر إلى العورات : ٢٦٦/٠ .

(٥) انظر التفريع : ٢/ ٣٥٠ ، الرسالة : ٢٦٩-٢٧٠ ، الكافي : ٦١١ .

(٦) سورة النور الآية : ٦٠ .

(٧) أخرجه ابن ماجه في النكاح باب النظر إلى المرأة : ١/ ٥٩٩ ، والحاكم : ٢/ ١٦٥، وصححه .

(٨) في ق : أن ينضم .

فصـل [٦٣ - أكل المرأة مع عبدها أو خادمها] :

ويجوز أن تأكل المرأة مع الوغد [١] من عبيدها الذي يؤمن منه التلذذ بها وأن يرى شعرها ، ولا يجوز ذلك مع الشاب الذي ربما حدثته نفسه بمحرم منها أو المرغوب فيه لنظافته [٢] .

فصـل [٦٤ - في حضور اللهو واللعب والملاهي] :

لا يجوز تعمد حضور اللهو واللعب ولاشيء من الملاهي المطربة كالطبل والزمر وما في معناه ، وقد رخص من ذلك فيما يستعمل في النكاح من الدف والكبر [٣] ، والأصل في منعه قوله تعالى : ﴿ وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه﴾[٤] ولأن ذلك من المنكر المنهي عنه المتوعد عليه لأن فيه ما يدعوا إلى المعاصي والآثام ويحسن شرب الخمر وذلك ممنوع ،وربما أدى إلى هتك المروءة وزوال التصاون .

فصـل [٦٥ - النهي عن قراءة القرآن بالألحان المطربة] :

ولا يجوز قراءة القرآن بالألحان المطربة والمشبهة بالأغاني إعظاما له وتنزيها عن الأغاني والمناكير [٥] ، ولأن ثمرة قراءته الخشية لله وتجديد التوبة عند سماع مواعظه والاعتبار ببراهينه وقصصه وأمثاله والشوق إلى موعوده وذلك ينافي تلحينه واعتقاد الاطراب بطيب [٦] سماعه ، وينبغي تقسيم قرائته إلى تفخيم وإعظام فيما يليق بذلك منه وإلى تحرير وترقيق على حساب المواعظ المقرؤة منه والحال

---

(١) الوغد : يطلق على العبد الذي ليس له منظر وكان قبيح الصورة (الكافي : ٦١٢ والمصباح المنير : ٦٦٦) .

(٢) انظر التفريع : ٣/ ٣٥٠ ، الكافي : ٦١٢ .

(٣) انظر الرسالة : ٢٨٠ .

(٤) سورة القصص ، الآية : ٥٥ .

(٥) انظر الرسالة : ٢٨٠ .

(٦) في م : بطيب.

المقروءة فيها ، وقد نبه الله تعالى على ما ذكره من تقسيم القراءة وصفتها بقوله تعالى ﴿ إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيماناً وعلى ربهم يتوكلون ﴾ (١) ، وقوله تعالى ﴿ أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها ﴾ (٢) ، وقوله تعالى : ﴿ ليدبروا آياته ﴾ (٣) ، وقوله تعالى ﴿ إذا سمعوا ما أنزل إلى الرسول ترى أعينهم تفيض من الدمع﴾(٤)، ولأن الألحان إذا كرهت في الشعر كانت في القرآن أولى .

فصـل [٦٦ - النهي عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو] :

لا يسافر بالقرآن إلي أرض العدو (٥) ومخافة أن ينالوه (٦) ، وللنهي الوارد في ذلك (٧) استخفافاً بحرمته وضد ما أمر به من تعظيمه وإكرامه ، ويجوز أن يكتب إليهم بالآية والآيتين إذا كان الغرض بذلك الدعاء إلى الإسلام لما روي أنه ﷺ كتب إليهم بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم (٨) ﴾(٩) .

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٢ .

(٢) سورة محمد ، الآية : ٢٩ .

(٣) سورة ص ، الآية : ٢٩ .

(٤)سورة المائدة الاية : ٨٣ .

(٥) انظر الموطأ : ٢/٤٤٦ ، التفريع : ٢/٣٥٦ .

(٦) قاله مالك في موطئه : ٢/٤٤٦ .

(٧) أخرجه البخاري في الجهاد والسير باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو : ٤/١٥ ومسلم في الإمارة باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار : ٣/ ١٤٩٠ .

(٨) سورة آل عمران ، الآية : ٦٤ .

(٩) أخرجه البخاري في باب كيف كان بدعي الوصي إلى رسول الله ﷺ : ١/ ٢ ، ومسلم في الجهاد باب كتب النبي ﷺ إلى هرقل : ٢/ ٩٧ .

فصـل [٦٧ - التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى] :

التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى جائز [١] لقوله تعالى ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم ﴾ [٢] وقوله تعالى ﴿ قل أعوذ برب الفلق﴾[٣] و ﴿ وقل أعوذ برب الناس ﴾ [٤] وإخباره تعالى عن أنبيائه وصالحي عباده أنهم تعوذوا به ، وروي أنه ﷺ كان إذا اشتكى قرأ على نفسه بالمعوذات وينفث [٥] ، وكان من تعوذه « أعوذ بوجه الله الكريم و بكلمات الله التامات من شر ماخلق وما ذرأ وما برأ ومن شر كل دابة ربي آخذ بناصيتها وإن ربي على صراط مستقيم» [٦] ، ومنه ما علمه عثمان بن أبي العاصي [٧] ، « أعوذ بعزة الله وقدرته من شر ما أجده » [٨] ، وفيه أخبار كثيرة .

---

(١) انظر الموطأ : ٩٤٢/٢ ، التفريع : ٣٥٧/٢ ، الرسالة : ٢٨٢ .

(٢) سورة النمل ، الآية : ٩٨ .

(٣) سورة الفلق ، الآية : ١.

(٤) سورة الناس الآية : ١ .

(٥) أخرجه البخاري في فضائل القرآن باب فضل المعوذات : ١٠٥/٦ ، ومسلم في السلام باب رقية المريض بالمعوذات : ١٧٢٣/٤ .

(٦) أخرجه الطبراني في الصغير ، وقال الهيثمي : وفيهن من لم أعرفه (مجمع الزوائد: ١٠/ ١٣٠ - ١٣١) ، وأخرجه مسلم في الذكر والدعاء باب التعوذ : ٤/ ٢٠٨٠ جزءا منه وهو (أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق) فقط.

(٧) عثمان بن أبي العاص : الثقفي الطائفي ، أبو عبد الله ، صحابي مشهور ، استعمله النبي ﷺ على الطائف ومات في خلافة معاوية بالبصرةن (تقريب التهذيب : ٣٨٤).

(٨) أخرجه أبو داود في الطب باب كيف الرقي : ٢١٨/٤ ، والترمذي في الطب باب حدثنا اسحق بن موسى : ٣٥٦/٤ ، وقال حسن صحيح ، ومالك : ٩٤٢/٢ ، وأخرجه مسلم في باب استحباب وضع يده علي موضع الألم : ١٧٢٨/٤ ، بلفظ (أعوذ بالله وقدرته من شر ما أجد وأحاذر) .

فصـل[٦٨ - في الرقية] :

والرقية [١] جائزة بالقرآن وبأسماء الله تعالى [٢] لقوله جل ذكره ﴿ ونزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين ﴾ [٣] وقوله تعالى ﴿ وهذا كتاب أنزلناه مبارك﴾ [٤] وقوله ﷺ « استرقوا لهما فإنهت لو سبق القدر شيء لسبقت العين»[٥] .

فصـل [٦٩ - في العين] :

من عين إنساناً توضأ له العائن ، وصفة ذلك : أن يغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخل إزاره في إناء ثم يصبه على المريض [٦] لورود الخبر بذلك في حديث عامر بن ربيعة [٧] لما مر بسهل بن حنيف [٨] فعين سهلا، فأمره النبي ﷺ أن يتوضأ له على هذه الصفة بعد أن تغيظ ، وقال : علام يقتل أحدكم أخاه [٩] .

---

(١) الرقية:

(٢) انظر الموطأ : ٩٤٢/٢ ، التفريع : ٣٧٧/٢ ، الرسالة : ٢٨٢ .

(٣) سورة الإسراء الآية : ٨٢ .

(٤) سورة الأنعام الآية : ٩٢ .

(٥) أخرجه ابن ماجه في الطب من استرقي من العين : ٢/ ١١٦٠ ، الترمذي في الطب باب ما جاء في الرقية من العين : ٣٤٦/٤ ، ومالك : ٢/ ٩٤٠ وهو معضل .

(٦) انظر الموطأ : ٩٣٨/٢ ، التفريع : ٣٥٧/٢ ، الرسالة : ٢٨٢٣،٢٨٤ .

(٧) عامر بن ربيعة : ابن كعب بن مالك العنزي ، حليف آل الخطاب ، صحابي مشهور ، أسلم قديما وهاجر وشهد بدرا مات ليالي قتل عثمان (تقريب التهذيب : ٢٨٧).

(٨) سهل بن حنيف بن واهب الأنصاري الأوسي ، صحابي من أهل بدر ، استخلفه علي على البصرة ومات في خلافته (تقريب التهذيب : ٢٥٧) .

(٩) أخرجه البخاري في الطب باب العين حق : ٢٣/٧ ، ومسلم في السلام باب الطب والمرض : ٧١٨/٤ .

فصـل [٧٠ - الرقية من العقرب وفي رقية الذمي] :

والرقية جائزة من العقرب لأنه مما يؤذي شر الإيذاء [١] وروي أنه ﷺ (أرخص في الرقية من كل ذي حمي) [٢] ، ويجوز رقية الذمي إذا كانت بكتاب الله ، لما روي أنه ﷺ دخل على عائشة وعندها يهودية ترقيها فقال : « بكتاب الله فارقي » [٣] .

فصـل [٧١ - الكي من اللقوة] :

والكي من اللقوة [٤] وسائر ما يحتاج إليه ويصلح [٥] به لأنه على علاج العرب ، وقد اكتوى جماعة من الصحابة [٦] ، والتعالج والتداوي للمريض جائز : بالحجامة والكي وشرب الدواء وقطع العرق وكل ما فيه رجاء لصلاح البدن وزوال المرض إلا أن يكون شرب خمر أو استعمال نجس أو أمر ممنوع ، والأصل فيه أن النبي ﷺ تداوى واحتجم وشاور الطبيب ، وقال لطبيبين : إيكما أطب » قالوا يا رسول الله : وهل في الطب من خير ؟ قال : « إن الذي أنزل الداء أنزل الدواء » [٧]، وقيل لعائشة رضي الله عنها من أين لك العلم بالطب؟ فقالت : إن العلل كانت تعتاد رسول الله ﷺ كثيراً وكان يشاور الطبيب وكنت

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٩٤٢ ، ٩٤٤ ، التفريع : ٢/ ٣٥٧ ، الرسالة : ٢٨٢ .

(٢) أخرجه مسلم في السلام باب استحباب الرقية من العين والنخلة والحمي والنظرة بلفظ « أن رسول الله ﷺ رخص في الرقية من الحمة والعين والنملة » : ٤/ ١٧٢٥ ..

(٣) الثابت أن أبا بكر هو الذي دخل على عائشة (الموطأ : ٢/ ٩٤٣) .

(٤) اللقوه : داء يصيب الوجه (الصحاح : ٦/ ٢٤٨٥) .

(٥) انظر الموطأ : ٢/ ٩٤٤ ، التفريع : ٢/ ٣٥٨ ، الرسالة : ٢٨٢ .

(٦) مما جاء في الموطأ : ٢/ ٩٤٤ ، أن عبد الله بن عمر اكتوى من اللقوة ورقي من العقرب .

(٧) أخرجه مالك في موطئه مرسلا : ٢/ ٩٤٤ لكن شواهده كثيرة صحيحة مثبتة كما جاء في الصحيحين في البخاري في الطب باب ما أنزل الله داء : ٧/ ١١ ، ومسلم في السلام باب لكل داء دواء : ٤/ ١٧٢٩ .

أسمع ما يقول له [1] ، فأما شرب الخمر وغيرهما من النجاسات للتداوي فغير جائز لعموم قوله تعالى ﴿ والرجز فاهجر ﴾ [2] ، وقوله ﷺ :« ما جعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليها » [3] .

فصل [٧٢ - في تحريم اللعب بالنرد والشطرنج] :

لا يجوز اللعب بالنرد ولا بالشطرنج [4] لأنها تلهي عن العبادات وتشغل عن ذكر الله، وتؤدي محبتها [5] والادمان عليها إلى القسام والحلف كاذبا وترك الصلوات وذلك فسوق ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله » [6] ، فأما إن كان شيئاً خفيفاً يستعمل معه بعض ما ذكرناه جاز لأنه خفيف .

فصل[٧٣ - مطالبة حية البيت بالخروج قبل قتلها] :

من رأى من الحيات شيئاً في منزله فليؤذنه ثلاثة أيام فإن بدى له بعد ذلك فليقتله ، وأما في الصحاري وما عدى البيوت فليقتله من غير إيذان [7] ،والأصل فيه قوله ﷺ « من ترآى له شيء من الحيات في البيوت فليؤذنه ثلاثاً فإن بدى

---

(١) لم أعثر على تخريج لهذا الأثر .

(٢) سورة المدثر الآية : ٥ .

(٣) أخرجه البزار وأبو يعلى ورجال أبي يعلي رجال الصحيح خلاحسان بن مخارق وقد وثقه ابن حبان (مجمع الزوائد : ٥/ ٨٩) \.

(٤) انظر التفريع : ٢/ ٣٥٤ ، الرسالة : ٢٨٦ .

(٥) في ق : صحبتها .

(٦) أخرجه أبو داود في الادب باب في النهي عن اللعب بالنرد : ٥/ ٢٣٠ ، وابن ماجه في الأدب باب اللعب بالنرد : ٢/ ١٢٣٧ ، ومالك : ٢/ ٩٥٨ ، الحاكم : ١/ ٥٠ وقال صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي .

(٧) انظر الموطأ : ٢/ ٩٧٥ ، الرسالة : ٢٨٧ .

له بعد ذلك فليقتله » [١] ، وروى سالم [٢] عن ابن عمر قال بينما أنا يوما أطارد حية من دواب البيوت أبصر ذلك زيد بن الخطاب [٣] وأبو لبابة فقالا : مه يا عبد الله : فقلت إن رسول الله ﷺ يقتلها فقالا : قد نهي عن ذوات البيوت[٤] ، وفي حديث أبي سعيد قال : كان فتى منا حديث عهد ، بعرس دخل منزله فوجد حية منطوية [٥] على فراشه فركز فيها رمحه فانتضمها فاضطربت الحية في رأس الرمح وخر الفتى صريعا فما يدري أيهما كان أسرع موتا الفتى أم الحية فقال رسول الله ﷺ : « استغفروا لصاحبكم ، ثم قال « إن بالمدينةجنا قد أسلموا فإذا رأيتم ذلك فأذنوه ثلاثة أيام فإن بدى لكم بعد ذلك فاقتلوه فإنما هو شيطان » [٦] ، فأما في الصحاري والأودية فلا بأس بقتلها لعموم قوله ﷺ « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم فذكر : الحية والعقرب » [٧] ، وقال ﷺ : « ما سلمناهن منذ حاربهن فمن تركهن مخافة شر فليس منا » [٨] ، وروي أنه ﷺ رخص في قتل الحية والعقرب في الصلاة [٩] .

---

(١) شاهده حديث مسلم في السلام باب قتل الحيات وغيرها : ١٧٥٦/٤ ولفظه قريبا جدا منه .

(٢) سالم : بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي ، العدوي ، المدني ، أبو عمر أو أبو عمر أو أبو عبد الله ، أحد الفقهاء السبعة ت ١٠٦ هـ (تقريب التهذيب : ٢٢٦) .

(٣) زيد بن الخطاب : ابن نفيل العدوي أخوعمر كان قديم الاسلام ، شهد بدراً واستشهد باليمامة سنة اثنتي عشرة (تقريب التهذيب : ٢٢٣) .

(٤) أخرجه مالك : ٩٧٥/٢ ، ومسلم في السلام باب قتل الحيات وغيرها : ١٧٥٣/٤.

(٥) في ق : مطوية .

(٦) أخرجه مسلم في السلام باب قتل الحيات وغيرها : ١٧٥٦/٤ .

(٧) أخرجه مسلم في المناسك باب ما يندب للحرم وغيره قتله من الواب : ٨٥٦/٢ .

(٨) أخرجه أبو داود في الأدب باب في قتل الحيات : ٤٠٩/٥ ، وابن حبان في صحيحه (مسالك الدلالة : ٤٣٥) .

(٩) أخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير : ١٠٩/١ ، فيه أيوب بن عتبة متروك الحديث.

فصــل [٧٤- في جواز قتل الوزغ وكراهية قتل النمل والضفادع] :

يجوز قتل الوزغ [(١)] لما نهي عنه ، وأنه ﷺ أمر به وسماه فويسقاء [(٢)] ، ويكره قتل النمل إلا من أذية شديدة لأنه نهى ﷺ عن قتلها [(٣)] فأما إذا آذته فله قتلها لأن له إزالة ما يؤذيه من الهوام بالقتل ، ويكره ذلك بالنار في النمل والقمل للتعذيب ، وروي « لا يعذب بالنار إلا رب النار » [(٤)] ، ويكره قتل الضفادع للنهي عنه ، ولأنه لا أذية فيه [(٥)] .

فصــل [٧٥ - في سفر المرأة من غير محرم] :

لا تسافر المرأة إلا مع ذى محرم [(٦)] لنهيه ﷺ أن تسافر المرأة يوما وليلة إلا مع ذي محرم [(٧)] ، ولأنه لا يؤمن عليها الفاحشة ولهذا أسقط عنها التغريب في حد الزنا ، وهو فيما عدى سفر الغرض من الحج والخروج من أرض العدو وقد بيناه فيما تقدم .

فصــل[٧٦ - اتخاذ الأجراس والأوتار في أعناق الجمل] :

يكره للمسافرين من اتخاذ الأجراس في أعناق الجمل والركاب [(٨)] لما روى أن

---

(١) الوزغ : حية سامة وأبرص (انظر الصحاح : ١٣٢٨/٤ ، غرر المقاله : ٢٨٨).

(٢) سبق ذكر تخريج الحديث قريباً .

(٣) أخرجه أبو داود في الأدب في باب قتل النمل : ٤١٨/٥ ، وابن ماجه في الصيد باب ما ينهي عن قتله : ١٠٧٤/٢ وفي إسناده إبراهيم بن الفضل المخزوني وهو ضعيف ، وصححه ابن حبان .

(٤) أخرجه البزار في مسنده وسكت عنه (انظر نصب الراية : ٤٠٨/٣) .

(٥) انظر الرسالة : ٢٨٧، ٢٨٨.

(٦) انظر الموطأ : ٩٧٨/٢ ، التفريع : ٣٥٤/٢ ، الرسالة: ٢٨١ الكافي : ٦١١ .

(٧) أخرجه البخاري في الحج باب حج النساء : ٢١٩/٢ ، ومسلم في الحج باب سفر المرأة مع محرم : ٩٧٥/٢ .

(٨) انظر التفريع : ٣٥٦/٢ ، الكافي : ٦١٥ .

رفقة من مصر أقبلت وفيها جرس فأمر النبي ﷺ بقطعه وقال : إن الملائكة لا تصحب رفقة فيها جرس [(١)] ، وكذلك تقليد الأوتار منهي عنه لما لا يؤمن منهم أن يؤدين إلى جناية [(٢)] .

فصل [٧٧ - تنزيه المساجد من التشاغل بالصنائع ومن سائر الأوساخ] :

يكره قتل القمل [(٣)] في المساجد ، والتشاغل فيها بالصنائع كالخياطة والخرازة وغيرها ، ويستحب تنزيهها من تقليم الأظافر وسائر الأوساخ [(٤)] ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحداً ﴾ [(٥)] وهذه الإضافة تقتضي تعظيمها وإفرادها عما يكون للمخلوقين ، و قال جل ذكره ﴿ في بيوت آذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال ﴾ [(٦)] فأخبر عما وضعت له ، فوجب ألا يعمل فيها غيره ، ولأنها إذا دخلها الأعمال والبيع والشراء كانت كالأسواق وزال تعظيمها ودخلها الغش والكذب ودخول اليهودي والنصراني وابتذلت ودخلها الكلام والقر والسقط وقول الهجو ، وما يذم الجلوس في الأسواق لأجله وذلك يبطل الفرق بينها وبين الأسواق لقوله ﷺ: « خير البقاع المساجد وشرها الأسواق » [(٧)] ، وأما تنزيهها عن الأقذار والأوساخ فلقوله ﷺ « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » [(٨)] وعلة ذلك

---

(١) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب كراهة الكلب والجرس في السفر : ٣/ ١٦٧٢ .

(٢) لأنه يوقظ الهوام ويسمع قطاع الطريق فيقبلون إليهم كبلاد العرب ، فأما إذا كان معهم جمع كبير كمسيرة أهل مصر فلا بأس لأن القطاع إذا سمعوا ذلك هربوا (انظر حاشية كتاب التفريع : ٢/٣٥٦) .

(٣) في م : كثرة العمل .

(٤) انظر الرسالة : ٢٨٠ .

(٥) سورة الجن الآية : ١٨ .

(٦) سورة النور الآية: ٣٦ .

(٧) أخرجه الحاكم : ١/٩ ، ٢/٨ ، و أخرجه الطبراني في الكبير وفيه بكار بن تميم ، وقال في الميزان مجهول (مجمع الزوائد : ٢/٩) .

(٨) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات باب ما يكره في المساجد : ١/٢٤٧ ، وفيه الحارث بن نبهان متفق على ضعفه .

ما لا يؤمن أن تكون منهم من البول والأقذار ، ولأنه إذا منع فيها من أعمال الصنائع والمعايش كان ما ذكرناه أولى .

فصل [٧٨ - في خصاء الغنم والخيل والابل] :

يجوز خصاء الغنم بخلاف الخيل [(١)] والإبل [(٢)] ، لما روي أنه ﷺ نهى عن خصاء الجمل [(٣)] ، وروي أنه ضحى بكبشين أملحين موجئين [(٤)] ولم ينكر ذلك ولأن الغنم تراد للأكل فليس في خصائها ما يمنع ذلك بل فيه صلاح للحومها وترطيب لها والخيل تراد للركوب والجهاد [(٥)] وذلك ينقص قوتها ويقل نسلها فلذلك كره .

فصل [٧٩ - في وا سم البهائم] :

وتكره السمة [(٦)] في الوجوه ولا تكره في غيره [(٧)] ، لأنه ﷺ نهى عن السمة في الوجه وأرخص فيها في الأذن [(٨)] وروى أنه مر به ﷺ حمار قد كوي وجهه فعاب ذلك [(٩)] ، ويجوز في غيره لأن بالناس حاجة إلى علامات يعرفون بها بهائمهم فجاز في الوضع الذي لا يعود بالضرر .

---

(١) انظر الرسالة : ٢٨٤ .

(٢) الابل : سقطت من م .

(٣) أخرجه أحمد : ٢/ ٢٥٠ ، وفيه عبد الله بن نافع وهو ضعيف : (مجمع الزوائد : ٥/٢٦٨) .

(٤) سبق تخريج الحديث في الأضحية ، ومعنى موجئين : من الوجاء يطلق على رض عروق البيضتين حتى تنفضخا من غير إخراج فيشبه الخصاء (المصباح المنير: ٦٥٠) .

(٥) والجهاد : سقطت من ق .

(٦) السمة : وهو العلامه بالنار أو بالشرط بالموس (الفواكه الدواني : ٢/ ٣٧٦) .

(٧) انظر الرسالة: ٢٨٤ .

(٨) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب النهي عن ضرب الحيوان في وجهه ووسمه فيه: ٣/ ١٦٧٣ .

(٩) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب النهي عن ضرب الحيوان في وجهه ووسمه فيه: ٣/ ١٦٧٣ .

فصـل [٨٠ - في الرؤيا] :

من رأى في منامه بعض ما يكره تفل عن يساره ثلاثا وتعوذ بالله من شر ما رآه[١] ، لقوله ﷺ : « الرؤيا الصالحة من الله والحلم من الشيطان فإذا رأى أحدكم شيئاً يكرهه فلينفث عن يساره ثلاث مرات إذا استيقظ وليتعوذ بالله من شرها فإنها لن تضره إن شاء الله[٢] ، ويجب أن يفسرها من له علم بها[٣] لأنها أصلا لا يؤمن عليها إذا فسرها من لا يعلم أن يكذب أو يخمن لعموم قوله تعالى ﴿ ولا تقف ما ليس لك به علم ﴾[٤] .

فصـل [٨١ - في السبق] :

السبق[٥] جائز بالخيل والإبل وبالسهام وبالرمي[٦] ،والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ﴾[٧] ، وقال ﷺ ألا أن القوة الرمي »[٨] ، (وقال ﷺ « لاسبق إلا في نصل أو

---

(١) انظر الموطأ : ٢/٩٥٦ ، الرسالة: ٢٨٥ .

(٢) أخرجه البخاري في الطب باب النفث في الرقبة : ٧/ ٢٤ ، ومسلم في الرؤيا : ٤/١٧٧٢ .

(٣) انظر الفواكه الدواني : ٢/ ٣٨٠ .

(٤) سورة الإسراء الآية : ٣٦ .

(٥) السبق : بسكون الباء - مصدر يسبق إذا تقدم ، وبفتحها المال الذي يوضع بين أهل السباق (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٨٦) .

(٦) انظر الموطأ : ٢/٤٦٧ ، الرسالة : ٢٨٦ .

(٧) سورة الأنفال الآية : ٦٠ .

(٨) أخرجه مسلم في الإمارة باب فضل الرمي والحث عليه : ٣/١٥٢٢ .

حافر»[1]) [2]،وروي أنه ﷺ سابق بين الخيل التي أضمرت [3] ، وسابق بناقته القصواء[4].

فصـل [٨٢- في منع السباق بالبغال والحمير] :

السباق بالبغال والحمير لا يجوز ، خلافاً لأحد وجهي أصحاب الشافعي[5]، لأن الغرض بالسباق قتل العدو ولا يتأتي ذلك في البغال والحمير لأنها لا تصلح للكر والفر وإنما تصلح له الخيل وحدها ألا ترى أنه لا يسهم لهما .

فصـل [٨٣ - من يأخذ الجعل في السباق] :

يجوز أن يخرج الرجل سبقا فإن سبقه غيره أخذه وإن سبق هو كان الذي أخرجه لمن يليه ، ولا يرجع السبق إلى مخرجه ، وإن جعلا محللا يأخذ السبق جاز إذا أمنا أن يسبقاه [6] ، والأصل فيه قوله ﷺ : « من أدخل فرسا بين فرسين

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد باب في السبق : ٣/٦٣ ، والنسائى في الخيل باب السبق: ٦/١٨٨ ، وابن ماجه في الجهاد باب السبق والرهان : ٢/ ٩٦٠ ، والترمذي في الجهاد باب ما جاء في الرهان والسبق : ٤/١٧٨ وحسنه وصححه ابن حبان : ١٦٣٨ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) أضمرت : في اللغة : ضمر أي دق وقل لحمه ، أما أضمرته أي عددته للسباق وهو أن تعلفه قوتا بعد السمن (المصباح المنير : ٢/ ٣٦٤) ، والحديث أخرجه البخاري في الجهاد باب السبق بين الخيل : ٣/ ٢١٩ ، ومسلم في الإمارة باب المسابقة بين الخيل وتضميرها : ٣/ ١٤٩١ .

(٤) فعن أنس قال : كان للنبي ﷺ ناقه تسمي العضباء لا تسبق . . . ألخ الحديث ، أخرجه البخارى في الجهاد باب ناقة النبي ﷺ : ٣/ ٢٢٠ وأخرجه مسلم في الجهاد باب غزوه ذى قرد : ٣/ ١٤٣٩ .

(٥) انظر المهذب : ١/ ١٤١٣ .

(٦) انظر الرسالة : ٢٨٧ .

وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار فإن لم يأمن فليس بقمار »[1] ، ولأنه إذا أمن أن يؤخذ سبقه ورجاء أن يؤخذ سبق غيره حصل المعنى المقصود منه فجاز ، وإنما،منعنا رجوع السبق إلى مخرجه اعتباراً بالولى لأنه لا يكون في إخراج السبق فائدة ، قال محمد بن عبد الحكم : هذا أحد قوليه وعلى الوجه الآخر يجوز وهوالنظر .

* * *

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد باب في المحلل : ٣/٦٦ وابن ماجه في الجهاد باب السبق والرهان : ٢/ ٩٦٠ ، وصححه ابن حزم (تخليص الحبير : ٤/١٦٣) .

باب
في فضل المدينة والصلاة بها وفضل مالك - رحمه الله - وترجيح مذهبه

المدينة عند أصحابنا أفضل البقاع كلها (١) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي وغيرهما من تفضيل مكة عليها (٢) ، لما روت عمرة بنت عبد الرحمن (٣) عن نافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : المدينة خير من مكة » (٤) هذا نص ، ولقوله : إن إبراهيم عبدك وخليلك ونبيك وإني عبدك ونبيك وإنه دعى لمكة ، وأنا أدعو للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه » (٥) وهذا صريح في أنها أفضل لأن تضعيف الدعاء لها إنما هو لفضلها على ما قصر عنها ، وقوله ﷺ : «لايصبر على لأوائها (٦) وشدتها أحد إلا كنت له شهيدا أو شفيعا يوم القيامة»(٧)

---

(١) انظر الموطأ : ٢/ ٨٨٤ ، المقدمات : ٣/ ٤٧٧ .

(٢) انظر حاشية بن عابدين : ٢/ ٦٢٦ ، المجموع : ٧/ ٤٤٤ .

(٣) عمرة بنت عبد الرحمن : ابن سعد بن زرارة الأنصارية ، المدينة أكثرت عن عائشة ثقة من الثالثة ماتت قبل المائة (تقريب التهذيب : ٧٥٠) .

(٤) أخرجه الطبراني : ٤/ ٣٤٣ ، وابن عدي : ٦/ ٢١٩٤ والبخاري في التاريخ الكبير : ١/ ١٦٠ .

وفيه محمد بن عبد الرحمن بن داود وهو مجمع على ضعفه (مجمع الزوائد : ٢/ ٣٠٢) .

(٥) أخرجه مسلم في الحج باب فضل المدينة ودعاء النبي ﷺ فيها بالبركة: ٢/ ١٠٠٠ ومالك : ٢/ ٨٨٥ .

(٦) لأوائها : من اللأواء وهي الشدة ، وتعذر الكسب وسوء الحال ، وقال بعضهم شده الجوع (الصحاح : ٦/ ٢٤٧٨) .

(٧) أخرجه مسلم في الحج باب الترغيب في سكنى المدينة : ٢/ ١٠٠٤ ، ومالك : ٢/ ٨٨٦ .

وتخصيصه ذلك يدل على أنه لا زيادة على فضيلتها ، وقوله : « لا يخرج أحد عن المدينة رغبة عنها إلا أبدلها الله خيرا منه » [١] ، وقوله في الأعرابي الذي بايعه ثم قال أقلني بيعتي ، المدينة كالكير ينفي خبثها وينصع طيبها » [٢] ، وقوله ﷺ : « اللهم أنهم أخرجوني من أحب البقاع إلى فأسكني أحب البقاع إليك»[٣] وهذه ظواهر أقوى من النصوص وقوله « أمرت بقرية تأكل القرى يقال لها يثرب وهي المدينة تنفي الناس كما تنفي الكير خبث الحديد [٤] ، وقوله ﷺ « تأكل القرى[٥] » إلا رجوع فضلها عليها وزيادتها على غيرها ، وقوله « إن الإيمان ليأزر [٦] إلى المدينة كما تأزر الحية إلى جحرها » [٧] وتخصيصه إياها بذلك يدل على فضلها على جميع البقاع التي لا يوجد هذا المعنى فيها لقوله ﷺ « ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة » [٨] ، وقد علم أنه خصص ذلك

---

(١) أخرجه مالك : ٢/ ٨٨٧ .

(٢) أخرجه البخارى في فضائل المدينة باب فضل المدينة ... : ٢/ ٢٢١ ، مسلم في الحج باب المدينة تنفي شرارها : ٢/ ١٠٠٦ ، ومالك : ٢/ ٨٨٦ .

(٣) أخرجه الحاكم : ٣/ ٣ ، وهو حديث منكر .. وقال ابن حزم : هو حديث لا يسند ، وإنما هو مرسل من جهه محمد بن الحسن بن زبالة وهوهالك (المقاصد الحسنة : ٨٩).

(٤) أخرجه البخاري في فضائل المدينة باب فضل المدينة : ٢/ ٢٢١ ومسلم في الحج باب المدينة تنفي شرارها : ٢/ ١٠٠٦ ومالك : ٢/ ٨٨٧ .

(٥) أخرجه مسلم في الحج باب المدينة تنفي شرارها : ٢/ ١٠٠٦ .

(٦) يأرز : أى يلجأ ، وينضم إليها ويجتمع بعضه إلى بعض فيها (الصحاح : ٣/ ٨٦٤) .

(٧)أخرجه البخاري في فضائل المدينة باب الأيمان يأرز إلى المدينة : ٢/ ٢٢٢ ، ومسلم في الأيمان باب أن الأسلام بدأ غريبا : ١/ ١٣١ .

(٨) أخرجه البخاري في الصلاة في مسجد مكة والمدينة باب فضل ما بين القبر والمنبر : ٢/ ٥٦ ، ومسلم في الحج ما بين القبر والمنبر روضة ... : ٢/ ١٠١٠ .

الموضع منها لفضله على بقيتها فكان بأن يدل على فضلها على ما سواها أولى ، وقوله ﷺ « على أنقاب (١) المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال (٢) وهذا بين عن فضلها على البقاع التي لم تحرس من ذلك ، وقوله : « اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد » (٣) ، ولا يجوز أن يسأل ربه أن يحبب إليه الأدنى على الأعلى ، وما روي من إنكار عمر رضي الله عنه على عبد الله بن عياش المخزومي (٤) في قوله : مكه خير من المدينة فقال : أنت القائل لمكة خير من المدينة فقال هي حرم الله وأمنه فقال عمر : لا أقول في حرم الله ولا في أمنه شيئاً (٥) .

ولا أحد أنكر عليه هذا الإنكار ، ولأن رسول الله ﷺ مخلوق منها وهو خير البشر فتربتها أفضل الترب ، ولأن فضل الهجرة يوجب أن يكون المقام بها طاعة وقربة والمقام بغيرها ذنبا ومعصية وذلك دال على فضلها على سائر البقاع .

فصل [١ - في تفضيل المساجد الثلاثة : المسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ ومسجد إيليا] :

الصلاة في كل المساجد متساوية الفضيلة إلا في المساجد الثلاثة المسجد الحرام

---

(١) أنقاب : جمع نقب وهي أبوابها .

(٢) أخرجه البخاري في فضائل المدينة باب لا يدخل الدجال المدينة : ٢/ ٢٢٣ ، ومسلم في الحج باب صيانة المدينة من دخول الطاعون والدجال : ٢/ ١٠٠٥ ومالك : ٢/ ٨٩٢ .

(٣) أخرجه البخاري في مناقب الأنصار باب مقدم النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة : ٤/ ٢٦٤ ،ومسلم في الحج باب الترغيب في السكنى المدينة والصبر على لأوائها : ٢/ ١٠٠٣ ومالك : ٢/ ٨٩١ .

(٤) عبد الله بن عياش : ابن عباس القتباني ، أبو حفص المصرى صدوق يغلط ، أخرج له مسلم في الشواهد من السابقة ، مات سنة سبعين (تقريب التهذيب : ٣١٧) .

(٥) الموطأ : ٢/ ٨٩٤ .

ومسجد النبي ومسجد إيليا [١] ، والأصل فيه قوله ﷺ « لا تشهد المطي إلا إلى ثلاثة فذكرها » [٢] وقوله ﷺ « صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » [٣] .

فصل [٢ - في تفضيل الصلاة في المسجد النبوى] :

فإذا ثبت هذا فالصلاة في مسجده أفضل من الصلاة في المسجد الحرام في الجملة ، فأما تحديد ما يفضل به عليه فلم يرد خبر ولا يوجبه نظر ، وقد قيل إنه بدون الألف وأظن قد قيل غيره [٤] ، وإنما قلنا ذلك في الجملة لأنه إذا ثبت بما ذكرناه فضيلة المدينة على مكة كانت الصلاة في مسجدها أفضل لا محالة ويكون استثناء المسجد الحرام من تفضيل الصلاة في مسجد الرسول ﷺ على سائر المساجد وهو مقدار الفضيلة لا في أصلها فكأنه قال ﷺ الصلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام فهو أفضل منه بدون ألف كفضل مكه على غيرها ، فكانت لها بذلك مزية على سائر المساجد كما كان للمدينة مزية على مكة وذلك المقدار لا يعلم إلا بتوقيف فلذلك وقفنا في تقديره.

فصل [٣ - في إجماع أهل المدينة] :

إجماع أهل المدينة نقلا حجه تحرم مخالفته ومن طريق الاجتهاد مختلف في كونه حجه : والصحيح عندنا أنه يرجح به على غيره ولا يحرم الذهاب إلى

---

(١) يقصد بمسجد إليا : بيت المقدس .

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة في مسجد مكة والمدينة باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة : ٥٦/٢ ، ومسلم في الحج باب لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : ١١١٤/٢ .

(٣) أخرجه البخاري في الصلاة في مسجد مكة والمدينة باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة : ٥٦/٢ ، ومسلم في الحج باب فضل الصلاة بمسجد مكة والمدينة: ١٠١/٢ .

(٤) انظر الموطأ : ٨٨٤/٢ ، المقدمات : ٤٧٩/٢ - ٤٨١ .

خلافه ، فأما إجماعهم من طريق النقل أو ما في معناه : فإنه ينقسم إلى نقل قول ونقل فعل ونقل إقرار ونقل ترك وعليه بنى أصحابنا الكلام في كثير من مسائلهم واحتجوا به على مخالفهم وتركوا له أخبار الأحاد والمقاييس [(١)] ، وهو مثل نقل الآذان والإقامة وتقديم الآذان للفجر قبل وقتها والصاع والمد وترك أخذ الزكاة من الخضروات وإثبات الأحباس والوقوف وغير ذلك ودليلنا على كونه حجة : اتصال نقله على الشرط المراعى في التواتر من تساوي أطرافه وامتناع الكذب والتواطء والتواصل والتشاعر على ناقليه وهذه صفة ما يحج نقله[(٢)] ، ولا معتبر [(٣)] لقولهم إنه لم يثبت هذه الصفة لنقلهم لأن الذين نقلوا ذلك هم الذين نقلوا موضع قبره ومنبره ﷺ وهم أهل المدينة قرنا بعد قرن وخلفا عن سلف ولدا عن والد وآخر عن أول ، وكذلك قال مالك رحمه الله لما احتاج لاثبات الوقوف فقال : هذه صدقات رسول الله ﷺ وأحباسه مشهورة عندنا بالمدينة معروفة ، ولمسائها رجع أبو يوسف إلى القول بأن مقدار الصاع ما يقوله أصحابنا وترك مذهب أبي حنيفة [(٤)] لما رأى [(٥)] من تواتر النقل وتناصره من الخلف عن السلف ، وإذا ثبت ذلك صح ما قلنا ، ومن ذهب إلى أن إجماعهم[(٦)] من طريق الاستنباط والاجتهاد حجه احتج بأن لأهلها من المزية بمشاهدة خطاب رسول الله ﷺ وسماع كلامه والمعرفة بأسباب خطابه وألفاظه ومخارج أقواله ما ليس لغيرهم ممن نأى وبعد عنه ، وقد ثبت أن من حملت له هذه المزية كان أعرف بطرق الاستنباط ووجوه الاجتهاد والاستخراج فكانوا حجه

---

(١) انظر : إحكام الفصول : ٤٨٠ ، المقدمات : ٣/ ٤٨١ ، مختصر ابن الحاجب : ٣٥/٢ .

(٢) في م : فعله .

(٣) في ق : معتد .

(٤) انظر تمام القصة في سنن البيهقي : ٤/ ١٧١ ، وذكر القصة كذلك أبو عبيد في الأموال : ٤٦٣ ، والحافظ ابن حجر في الفتح : ٥٩٨/١١ .

(٥) لما رأى : سقطت من ق .

(٦) في م : ابتاعهم .

بما يجتهدون فيه ، ولأن السنن والأحكام منها ابتدأت وعنها انتشرت إلى غيرها من الآفاق : فإذا وجدناهم مجمعين على مالم يتبين نقله ولا اشتهر أنه توقيف حملوا فيه على أنهم عرفوا منه ما لم يعرف غيرهم لأنه ليس إلا ذلك ، والقول بأنهم غيروا أو ما عرفوا [ ] (١) ما علموه وذلك ممتنع مع عدالتهم ونزاهتم ووجه القول بأنه ليس بحجة وهو الذي كان يقول شيخنا أبو بكر [الابهري] (٢) وكافة البغداديين من أصحابنا إلا اليسير منهم [لأنهم بشر يخطيء ويصيب والعصمة] (٣) تثبت لجميع الأمة دون بعضها فلا يؤمن معهم ، وقد وقع الخطأ في بعض ما اجتهدوا فيه وهذا زيادة منهم على [ ] (٤) التبديل والتغيير.

فصـل [٤ - في الترجيح بعمل أهل المدينة] :

إذا ثبت أنه ليس بحجة ولا تحرم مخالفته وهو أولى من اجتهاد غيرهم إذا اقترن بأحد الخبرين المعارضين رجح به على ما عرى عنه (٥) ، ودليلنا أن الترجيح مطلوب به قوة [بحيث يكون القول الذي] (٦) يقارنه أقرب إلى الحق وأولى بالصواب ، وذلك لأن لأهل المدينة بما ذكرناه من مزية المعاينة والرجحان بالمشاهدة والمعرفة بمخارج الكلام [وسبب] (٧) الأحكام ما ليس لغيرهم من راجع إلى نقل فكان اجتهادهم أولى لأن سببه الذي بني عليه

(١) طمس في ق و م .
(٢) مطموس : في ق و م .
(٣) طمس في م و ق .
(٤) طمس في م و ق .
(٥) انظر المقدمات : ٣/ ٤٨٤ .
(٦) طمس في م و ن .
(٧) طمس في م و ق .

أقوى ، ولقوله ﷺ : « إن الأيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»(١) وذلك يفيد أن اجتهادهم إلى الصواب أقرب وعن الخطأ أبعد ، وبذلك احتج من رجح اجتهاد عمر رضي الله عنه على اجتهاد غيره لقوله ﷺ «أن الحق ينطق على لسان عمر وقلبه » (٢) ، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتوقفون عن الفتيا في الحادثة إذا نزلت بهم وهم غائبون عن المدينة ويؤخرون ذلك إلى وقت عودهم إليها وروي عن أبن مسعود وابن عمر وأشار به عبد الرحمن على عمر (٣) ، وذلك لأن اعتقادهم أن الاجتهاد بها أقوى ، وأن النفوس بها أشرح والصدور بها أرحب وأفصح والتبين والتبصر بها أبهج وأوضح، وقد صرح بذلك عبد الرحمن بن عوف في قوله لعمر بن الخطاب : أمهل يا أمير المؤمنين لتقدم دار الهجرة وبها الصحابة ، وهذا واضح فيما قلناه بحمد الله .

فصـل [٥ - مخالفة خبر الآحاد لعمل أهل المدينة] :

إذا روي خبر من أخبار الآحاد في مقابلة عملهم المتصل وجب إطراحه والمصير إلى عملهم لأن هذا العمل طريقه طريق النقل المتواتر فكان إذن أولى من أخبار الآحاد (٤) ، وذلك مثل ما ذكرناه في نقل الآذان ، ووجوب المعاقلة بين الرجل والمرأة ، وتقديم الآذان على الفجر وما في معناه ، وحمل ذلك على [غلط] (٥) راويه أو نسخه أو غير ذلك مما يجب إطراحه لأجله ، وليس هذا من القول

---

(١) سبق تخريج الحديث ص ١٧٤١ .

(٢) أخرجه الترمذي في المناقب باب ما بعد باب في مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : ٥/ ٥٧٦ وقال هذا حديث حسن غريب بلفظ وأن الله جعل الحق على لسان عمر وقلبه .

(٣) أخرجه البخاري في الحدود باب الاعتراف بالزنا : ٨/ ٢٤ ، ومسلم في الحدود باب رجم الثيب : ٣/ ١٣١٧ .

(٤) في ق : من الأخبار .

(٥) طمس في م و ق .

بأنا لا نقبل الخبر حتى يصحبه العمل في شي لأنه لو ورد خبر في حادثة [1] لا نقل لأهل المدينة فيه لقبلناه وإن كنا نطرحه إذا عاد برفع النص ، وهذا مذهب السلف وأكابر التابعين مثل سعيد بن المسيب إذا أنكر على ربيعه معارضته إياه في المعاقله [2] وأبي الزناد [3] وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم ، وقد ذكرناه في المواضع وقد استوفيناه فيها .

فصـل [٦ - في ترجيح مذهب الإمام مالك - رحمه الله -] :

إذا اختلف العلماء وتنازعوا في حكمهما :[4] فالواجب الرجوع إلى النظر والاجتهاد في طلب الحكم من الأدلة التي هي مظانة [5] ومواضع طلبه وهي : الكتاب والسنة والاجماع والقياس والعمل [6] واعتقاد ما يؤدي صحيح النظر في ذلك إليه ويقف [7] : المجتهد عليه ولا يفتقدون الحق في أقاويل المختلفين في قول فلان دون قول غيره ، ولا في مذهب دون ما سواه من [المذاهب] [8] إلا أن يكون الدليل قد قام عنده على صحته وعين له الحق به ، فإن قيل أتراكم تعتقدون مذهب مالك بن أنس رحمه الله وتختارونه [9] دون غيره من مذاهب المخالفين وتخبرون عن صوابه وتأمرون المبتدىء بدرسه فخبرونا عن موجب

---

(١) في حادثة : سقطت من م .

(٢) سبق ذكر القصة في العقل ، ص ١٠٤٠ ، وانظر الموطأ : ٢/ ٨٦٠ .

(٣) في ق : أبي الزياد .

(٤) في المقدمات : في حكم النازلة : ٣/ ٤٨٤ .

(٥) في م : مكانه .

(٦) في م : والعبرة .

(٧) في ق : وينفذ .

(٨) طمس في ق و م .

(٩) في م : وتنتحلونه .

ذلك عندكم أهو تقليدكم له وإنكم صرتم إليه لأنه قاله أو لأن الدليل عندكم قال عليه ، قيل له : قد فرغنا من الجواب عن هذه المطالبة في العقد الذي عدقناه وجملته إنا لم نصر إلى قوله إلا وقد علمنا صحته وعرفنا صحة الأصول التي بني عليها واعتمد في اجتهاده على الرجوع إليها فلما عرفنا ذلك من مذهبه عقدناه وحكمنا بصوابه ، إن قيل فهذا حجتكم فيما تعتقدونه في نفوسكم فما حجتكم في إرشادكم على المبتدىء الذي لم يعرف من حاله ما عرفتم منه (١) وتعوليكم به عليه وترجيحكم له في الجملة على غيره ، قيل له : فأما إرشادنا المبتدىء إليه وأمرنا إياه بدرسه واعتقاده فلأنه استرشدنا إلى الصواب الذي يجب أن يعتقد وقد عرفنا أن ذلك هو الصواب فلذلك أرشدناه إليه ، وأما ترجيحنا إياه على غيره من المذاهب) (٢) فلقوله ﷺ : «يوشك أن يضرب الناس أكباد الابل في طلب العلم فلا يجدوا من عالم أعلم من بالمدينة (٣) فالدلالة في هذا من موضعين : إحداهما إخباره بأن من ينطبق عليه هذا الإسم أعلم أهل وقته ولم نجد هذا [في غيره] (٤) ولا موصوفا به سواه ، حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة وإمام دار الهجرة عقل من ذلك أنه المراد به فاكتفي به عن أن يقال أنه مالك بن أنس [ولم يؤدي] (٥) سمعه إلى استفهام عليه ، و لا يعرض له توقف فيه للعرف الذي في الغالب قصره عليه وانتفاء الشركة عنه فيه كما إذا قيل هذا قول الشافعي أنه أراد بذلك قول محمد بن أدريس دون غيره [من أهل نسبه ، وكذلك الأوزاعي والثورى](٦)

---

(١) في م : إليه .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) أخرجه الترمذي في العلم باب ما جاء في عالم المدينة : ٤٦/٥ وقال حديث حسن وأخرجه البيهقي : ٣٨٦/١ والحاكم : ٩١/١ وصححه ، وأحمد : ٢٩٩/٢ .

(٤) طمس في ق و م .

(٥) طمس في ق و م .

(٦) الثورى : سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى، أمير المؤمنين في الحديث ت ١٦١ هـ (سير أعلام النبلاء : ٢٢٩/٧) .

والثاني تأويل الأئمة ذلك فيه : منهم ابن جريج وابن عيينة وعبد الرحمن ابن مهدي (١) من غير خلاف عليهم في ذلك (٢)] (٣) .

[انتهى كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة

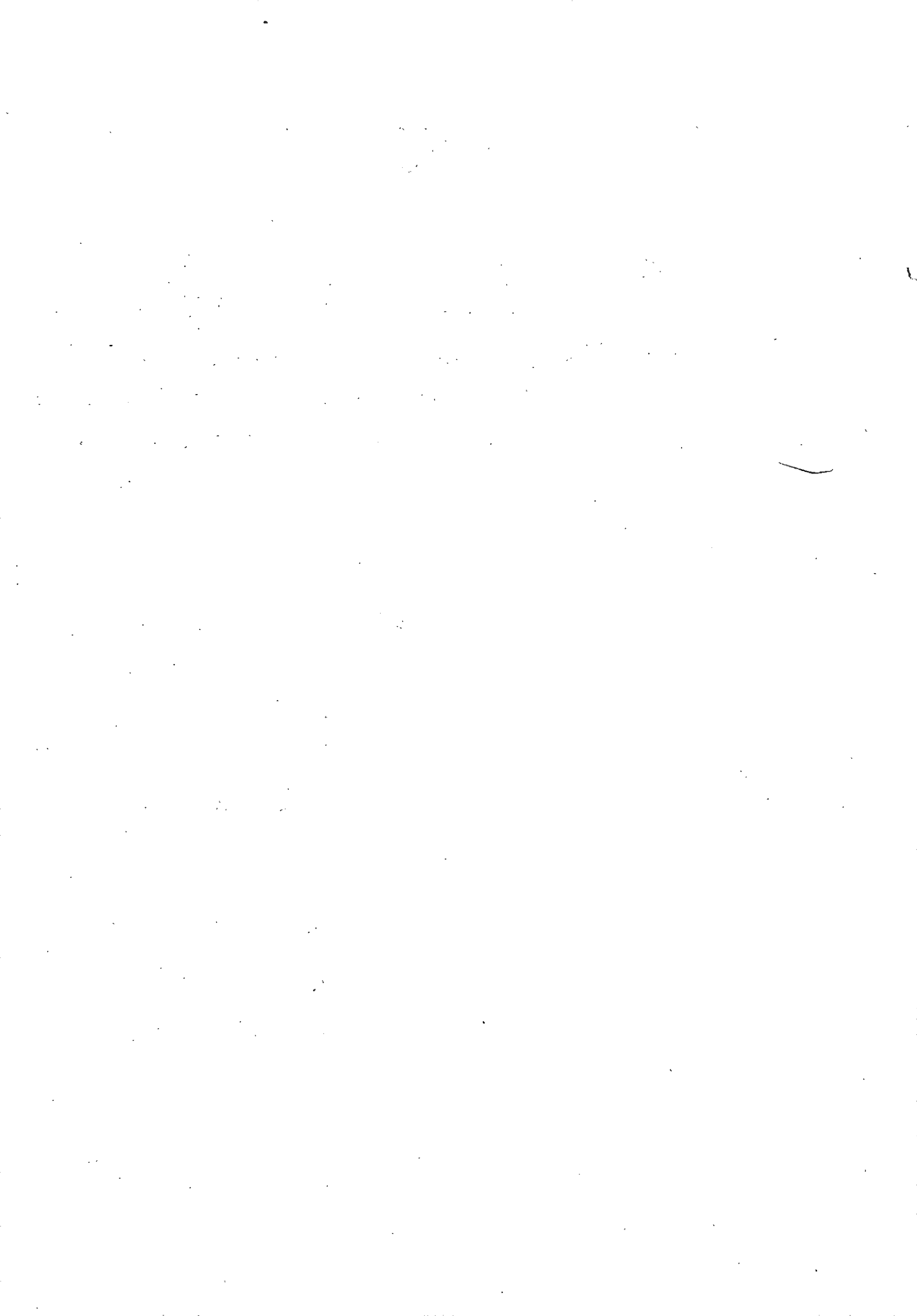
وصلى الله على سيدنا محمد]

---

(١) عبد الرحمن بن مهدى بن حسان ، أبو سعيد البصري ، الحافظ الحجه الإمام ت ١٩٨ هـ (تذكرة الحفاظ : ١/٣٢٩) .

(٢) انظر سنن الترمذي : ٥/٤٦ .

(٣) ما بين معقوفتين مطموس في ق ، م وأكملنا النقص من كتاب « المقدمات » لابن رشد الذي نقل معظم هذا الفصل : ٣/٤٨٣ - ٤٨٤ .



فهرس المراجع

- اجتماع الجيوش الإسلامية على غزو المعطلة والجهمية : ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة .

- الاجتهاد (أو الرد على من أخلد للأرض وجهل أن الاجتهاد فى كل عصر فرض) : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١ هـ) ، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية (١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠) .

- الإجماع : أبو بكر بن محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري (٣١٨ هـ) ، الطبعة الأولى ، دار طيبة ، الرياض (١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م)

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية : أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر (١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م) .

- إحكام الفصول في أحكام الأصول : أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (٤٧٤ هـ) ، تحقيق عبد المجيد التركى ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت (١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م) .

- اختصار عيون الأدلة : للقاضي عبد الوهاب (مخطوط) .

- آداب الفقهاء : عبد الله كنون ، دار الثقافة ، المغرب .

- ارشاد الفحول : محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ) ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر (١٣٥٦ هـ / ١٩٣٧ م) .

- إرشاد اللبيب إلى مقاصد الحبيب : محمد بن أحمد علي بن غازي (٩١٩ هـ)

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت (١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م) .

- أزهار الرياض : أبو العباس أحمد المقري المساني ، صندوق إحياء التراث الرباط (١٩٧٨ م) .

- الاستذكار : أبو عمر يوسف بن عبد البر (٤٦٣ هـ) ، تحقيق علي النجدي ناصف ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، مصر (١٩٧٣ م) .

- الإشراف في مسائل الخلاف : القاضي عبد الوهاب (٤٢٢ هـ) مطبعة الإدارة، تونس .

- الإصابة في تمييز الصحابة : أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (٨٥٣ هـ) ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، بمصر (١٣٢٨ هـ) .

- الأعلام : خير الدين الزركلي ، الطبعة الخامسة ، دار العلم للملايين بيروت (١٩٨٠ م) .

- الإقناع : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) تحقيق خضر محمد خضر ، الطبعة الأولى ، دار العروبة (١٤٠٢ / ١٩٨٢) .

- الأم : محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت (١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م) .

- الأموال : أبو عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤ هـ) ، تصحيح محمد حامد الفقي ، المطبعة القاهرة ، القاهرة (١٣٥٣ هـ) .

- انتصار الفقير السالك : شمس الدين محمد بن محمد الراعي (٨٥٣ هـ) تحقيق محمد أبو الأجفان ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي بيروت (١٩٨١ م) .

- الانتقاء : ابن عبد البر (٤٦٣ هـ) ، دارالكتب العلمية ، بيروت .

- الأنساب : للسمعانى ، ليدن (١٩١٢ م) ، تحقيق عبدالرحمن المعلمي وآخرون ، نشر آمين دمج - بيروت .

- الأنصاف : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي (٨٨٥ هـ) تحقيق محمد حامد الفقي ، الطبعة الأولى (١٣٧٤ هـ) .

- إيضاح المكنون : إسماعيل باشا ، استانبول (١٩٤١ م) .

- البحر المحيط : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (٧٩٤ هـ) تحقيق مجموعة من الباحثين ، الطبعة الثانية ، دار الصفوة ، الغردقة (١٤١٣ / ١٩٩٢ م) .

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : علاء بن مسعود الكاساني (٥٨٧ هـ)، مطبعة الإمام ، الناشر : زكريا علي يوسف ، مصر .

- بداية المجتهد : القاضي أبو الوليد محمد بن رشيد الحفيد (٥٩٥ هـ) (المطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية) .

- البداية والنهاية : أبو الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي (٧٧٤ هـ) ، الطبعة الثانية ، مكتبة المعارف ، بيروت (١٩٧٧ م) .

- بيان تلبيس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية : شيخ الإسلام ابن تيمية ، الطبعة الأولى .

- البيان والتحصيل : أبو الوليد محمد بن أحمد بن راشد - الجد (٥٢٠ هـ)، تحقيق محمد حجي وآخرون ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت (١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م) .

- التاج والإكليل : أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (٨٩٧ هـ) ، دار الفكر ، بيروت (١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م) .

- تاريخ الأمم الإسلامية - الدولة العباسية : الخضري بك .

- تاريخ بغداد : أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي ، دار الكتاب العربي بيروت .

- تاريخ التشريع الإسلامي : الخضري بك .

- تاريخ التراث العربي : بروكلمان .

- تاريخ الخلفاء : جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١ هـ) .

- تاريخ قضاء الأندلس : أبوالحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي ، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت .

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام : برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن فرحون (٧٩٩ هـ) ، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ،بيروت .

- تبيين الحقائق : فخر الدين عثمان بن علي بن مجحف الزيلعي (٧٤٣ هـ) المطبعة الكبرى ،الأميرية ببولاق ، مصر (١٣١٥ هـ) .

- تبيين كذب المفتري : ابن عساكر الدمشقي (٥٧١ هـ) دار الكتاب العربي ، بيروت .

- تحفة الفقهاء : علاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت (١٤٠٥هـ / ١٩٨٤م) .

- تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك : الطاهر محمد الدرديري ،جامعة أم القرى .

- تذكرة الحفاظ : أبو عبد الله شمس الدين الذهبي (٧٤٨ هـ) ، دار إحياء التراث العربي .

- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك : القاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي (٥٤٤ هـ) ، تحقيق مجموعة من الباحثين وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، المغرب (١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣م) .

- التفريع : أبو القاسم عبد الله بن الحسين بن الحسن بن الحلاب (٣٨٨ هـ) ، تحقيق حسن بن سالم الدهماني ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي (١٤٠٨هـ / ١٩٨٧ م) .

- تقريب التهذيب : شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) تحقيق محمد عوامة ،الطبعة الثانية ،دار الرشيد ، حلب (١٤٠٨ / ١٩٨٨) .

- تقويم البلدان : عماد الدين إسماعيل بن محمد بن عمر، المعروف بأبي الفداء صاحب حماة (٧٣٢ هـ) مكتب المثني (مصور عن طبعة باريس ١٨٣٠ هـ).

- تلخيص الحبير : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) دار المعرفة ، لبنان .

- التلقين : القاضي عبد الوهاب (٤٢٢ هـ) ، تحقيق : محمد ثالث سعيد الفاني ، جامعة أم القرى (رسالة دكتوراه في عام ١٤٠٥ هـ) .

- تهذيب التهذيب : أحمد بن علي بن محمد بن حجر (٨٥٢ هـ) الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت (١٤٠٤ / ١٩٨٤) .

- الجامع الصحيح (صحيح البخاري) : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦ هـ) ، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر ، استانبول .

- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة (٢٩٧هـ) تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

- جامع البيان على تأويل القرآن (تفسير الطبري) : أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (٣١٠ هـ) الطبعة الأولى ،مصطفى البابي الحلبي ، مصر (١٣٨٨ / ١٩٦٨) .

- الجامع في أحكام القرآن : أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي (٦٧١ هـ) مكتبة الرياض الحديثة .

- حاشية ابن عابدين : محمد أحمد بن عابدين (١٢٥٢ هـ) طبعة بولاق الأولى .

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد عرفة الدسوقي ،دار الفكر .

- حاشية قليوبي وعميرة : شهاب الدين القليوبي (١٠٦٩ هـ) وشهاب الدين عميرة (٩٥٧ هـ) الطبعة الرابعة ،دار الفكر .

- حدود ابن عرفة : (المطبوع مع شرح الرصاع) .

- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة : جلال الدين السيوطي (٩١١ هـ) طبعة مصر (١٢٩٩ هـ) .

- حلية الأولياء : أبو نعيم الأصفهاني . مصر ، دار الفكر .

- الخراج : لأبي يوسف .

- الخرشي على خليل : محمد الخرشي ، دار الفكر .

- الدراية في تخريج أحاديث الهداية : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) دار المعرفة ، بيروت .

- درة الغواص في محاضرة الخواص : برهان الدين إبراهيم بن فرحون (٧٩٩هـ) تحقيق محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ ، مكتبة العتيقة ، تونس .

- الديباج المذهب : برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون (٧٩٩ هـ) ، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور ، دار التراث للطبع والنشر ، القاهرة .

- ديوان الراعي النميري (شعر الراعي النميري وأخباره) : مطبعة المجمع العلمي العربي دمشق (١٣٨٣) .

- ديوان النابغة الذبياني: تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، دار المعارف ، مصر، (١٩٧٧ م) .

- الذخيرة : شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (٦٨٤ هـ) ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف وعبد السميع أحمد الإمام ، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت (١٤٠٢ / ١٩٨٢) .

- الذخيرة في محاسن الجزيرة : أبو الحسين علي بن بسام الشنتريني (٥٣٢ هـ) تحقيق إحسان عباس الطبعة الأولى ، دارالثقافة ، بيروت (١٣٩٩ هـ/ ١٩٧٩ م)

- الرسالة : أبو محمد عبد الله بن زيد القيرواني (٣٨٦ هـ) ، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان ، الطبعة الأولي ، دار الغرب الإسلامية (١٤٠٦ /١٩٨٦ م) .

- روضة الطالبين : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) ، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي ، (١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م) .

- زاد المعاد في هدي خير العباد : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي بن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط ، الطبعة الثالثة عشر ، مؤسسة الرسالة (١٤٠٦/ ١٩٨٦ م) .

- سنن أبي داود : أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ) ، تحقيق عزت الدعاس وعادل السيد ، الطبعة الأولى ، دار الحديث حمص (١٣٩٣ هـ/ ١٩٧٣ م) .

- سنن ابن ماجة : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥ هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، المكتبة العلمية ، بيروت .

- سنن النسائي : أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي (٣٠٣ هـ) الطبعةالأولى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٨٣/ ١٩٦٤) .

- السنن الكبرى : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٤٥٨) دار المعرفة، بيروت .

- سير أعلام النبلاء : شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد العرقسوسي ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة (١٤٠٤/ ١٩٨٤) .

- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : محمد بن محمد مخلوف ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

- شذرات الذهب في أخبار من ذهب : أبو العلام عبد الحي بن العماد الحنبلي (١٠٨٦ هـ) منشورات دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

- شرح ابن ناجي على الرسالة : قاسم بن عيسى بن ناجي (٨٣٧ هـ) ، دار الفكر (١٤٠٢/ ١٩٨٢) .

- شرح تنقيح الفصول : شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي (٦٨٤ هـ) تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، المكتبة الأزهرية (١٩٧٣ م) .

- شرح حدود ابن عرفة : أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع .

- شرح زروق على الرسالة : أحمد بن محمد البرنسي المعروف بزروق (٨٩٩هـ) دار الفكر (١٤٠٢ هـ/ ١٩٨٢ م) .

- شرح صحيح مسلم : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) المكتبة المصرية ، مصر (١٣٤٩ هـ) .

- الشرح الصغير : سيدي أحمد الدردير (١٢٠١ هـ) تعليق محمد إبراهيم المبارك ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر .

- شرح فتح القدير : كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي (٨٦١ هـ) الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ، بولاق (١٣١٥ هـ) .

- الشرح الكبير : سيدي أحمد الدردير (١٢٠١ هـ) دار الفكر .

- الصحاح : إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار الطبعة الثانية (١٤٠٢ هـ/ ١٩٨٢ م) .

- صحيح ابن خزيمة : تحقيق وتعليق محمد مصطفى الأعظمي ، المكتب الإسلامي (١٣٩٠) .

- صحيح مسلم (الجامع الصحيح) : أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري (٢٦١ هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت .

- طبقات ابن سعد : محمد بن سعد بن منيع بن سعد (٢٣٠ هـ) دار صادر بيروت (١٣٨٨ هـ/ ١٩٦٨ م) .

- طبقات الفقهاء : أبو اسحق الشيرازي (٤٧٦ هـ) ، تحقيق إحسان عباس ، الطبعة الثانية دار الرائد العربي ، بيروت (١٤٠١/ ١٩٨١) .

- العبر : شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق صلاح المنجد وفؤاد السيد ، الكويت (١٩٦٠ م) .

- عدة البروق : أبو العباس أحمد بن يحيى الونشرسي (٩١٤ هـ) تحقيق حمزة أبو فارس الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي (١٤١٠/ ١٩٩٠) .

- عيون المناظرات : أبو علي عمر السكوني (٧١٧ هـ) تحقيق سعد غراب ، منشورات الجامعة التونسية (٨٧٦) .

- غرر المقالة في شرح غريب الرسالة (المطبوع مع الرسالة) : أبو عبيد محمد لبن منصور بن حمامة المغراوي ، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي (١٤٠٦ / ١٩٨٦) .

- غريب الحديث : لابن قتيبة ،تحقيق الجبوري ، وزارة الأوقاف بالعراق (١٣٩٧) .

- فتاوي ابن رشد : أبو الوليد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٣٠ هـ) تحقيق المختار التليلي ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي بيروت (١٤٠٧/١٩٨٧)

- فتح الباري : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) دار المعرفة ، بيروت .

- الفتح المبين في طبقات الأصوليين : عبد الله مصطفى المراغي ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت (١٣٩٤/ ١٩٧٤) .

- الفروق الفقهية : أبو الفضل مسلم بن علي الدمشقي ، تحقيق محمد أبو الأجفان وحمزة أبو فارس ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت (١٩٩٢ م) .

- الفكر الأصولي : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، الطبعة الأولى ، دار الشروق ، جدة (١٤٠٣/ ١٩٨٣) .

- الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي : محمد بن الحسن الحجوي (١٣١٦هـ) المكتبة العلمية ، المدينة المنورة (١٣١٧/ ١٩٧٧) .

- فهرس المخطوطات خزانة القرويين : محمد العابد الفارسي ، الطبعة الأولى (١٤٠٣/ ١٩٨٣) .

- الفهرست : أبو الفرج محمد بن إسحق بن النديم (٣٧٨ هـ) دارالمعرفة بيروت (١٣٩٨ / ١٩٧٨) .

- فوات الوفيات : محمد بن شاكر الكتبي (٧٦٤ هـ) تحقيق إحسان عباس دار بيروت (١٩٧٣) .

- الفواكه الدواني : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (١١٢٥) دار الفكر بيروت .

- القواعد : أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري (٧٥٨ هـ) تحقيق أحمد عبد الله بن حميد ، جامعة أم القرى .

- القواعد أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحضي (٨٢٩) تحقيق عبد الرحمن الشعلان ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

- الكافي : أبو عمر يوسف بن عبد البر (٤٦٣ هـ) الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت (١٤٠٩/ ١٩٨٧) .

- الكامل في التاريخ : أبو الحسن على بن الأثير (٦٢٠ هـ) الطبعة السادسة ، دار الكتاب العربي ، بيروت (١٤٠٦/ ١٩٨٦) .

- الكامل في ضعفاء الرجال : أبو أحمد عبد الله بن عدي (٣٦٥ هـ) الطبعة الثانية دار الفكر ، بيروت (١٤٠٥/ ١٩٨٥) .

- كشف الظنون : حاجي خليفة ، استانبول (١٩٤١ م) .

- كشف القناع عن تضمين الصناع : أبو علي الحسن بن رجال المعداني (١١٤٠هـ) الدار التونسية للنشر (١٩٨٦ م) .

- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال : للمتقي ، مؤسسة الرسالة بيروت (١٤٥/ ١٩٨٥) .

- اللباب في شرح الكتاب (مختصر القدوري) : عبد الغني الغنيمي الميداني ، المكتبة العلمية بيروت (١٤٠٠/ ١٩٨٠) .

- لسان العرب : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (٧١١) دار صادر بيروت (١٩٦٨) .

- المبسوط : شمس الدين السرخسي (٤٨٣ هـ) الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، لبنان .

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧ هـ) الطبعة الثانية دار الكتاب العربي ، بيروت (١٤٠٢/ ١٩٨٢) .

- المجموع شرح المهذب : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة .

- مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية : جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم النجدي طبعة ،الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين .

- محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي : عمرالجيدي مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء (١٩٨٦) .

- المحلي : ابن حزم الظاهري (٤٥٦ هـ) مكتبة الجمهورية العربية (١٣٩٢ هـ/ ١٩٧٢ م) .

- مختصر ابن الحاجب ، أبو عمرو عثمان بن عمر أبي بكر بن الحاجب (٦٤٦هـ) ، الطبعة الأولى المطبعة الأميرية ببولاق ، بمصر (١٣١٦) .

- مختصر الخرقي : أبو القاسم عمر بن الحسن الخرقي (٣٣٤ هـ) تحقيق زهير الشاويش الطبعةالثالثة ، المكتب الإسلامي ، بيروت (١٤٠٣ هـ) .

- مختصر الطحاوي : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (٣٢١هـ) تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، الطبعة الأولى ، دار إحياء العلوم (١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦

- مختصر القدوري : أحمد بن القدوري البغدادي (٤٢٨ هـ) (المطبوع مع اللباب) .

- مختصر المزني : الطبعة الثانية ، دار المعرفة (١٣٩٣ / ١٩٧٣) .

- المدخل : لابن الحاج ، دار الفكر (١٤٠١ / ١٩٨١) .

- المدونة الكبرى : الإمام مالك بن أنس - برواية الإمام سحنون - دار الفكر (١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م) .

- مرآن الجنان : أبو محمد عبد الله بن أسعد اليافعي (٧٦٨ هـ) الطبعة الثانية، مؤسسة الأعلمي ، بيروت (١٣٦٠/ ١٩٧٠) .

- مراتب الإجماع : أبو علي بن حزم (٤٥٦ هـ) الطبعة الأولى ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت (١٩٧٨) .

- مسائل الإمام أحمد : رواية ابنه عبد الله - تحقيق زهير الشاويش الطبعة الأولى المكتب الإسلامي (١٤٠١/ ١٩٨١) .

- مسائل الإمام أحمد - رواية ابنه صالح - تحقيق فضل عبد الرحمن دين محمد، الطبعة الأولى الدار العلمية ، الهند (١٤٠٨/١٩٨٨) .

- مسالك الدلالة : أحمد بن محمد بن الصديق الغماري ، دار الفكر .

- المستدرك : أبوعبيد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (٤٠٥) دار المعارف ، حيدر أباد .

- المسند : أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) المكتب الإسلامي بيروت (١٤٠٣ / ١٩٨٣) .

- مسند الشافعي .

- المصباح المنير : أحمد بن محمد المقري الفيومي (٧٧٠ هـ) المكتبة العلمية ، بيروت .

- مصنف عبد الرزاق : عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الاسلامي ، بيروت (١٤٠٣/ ١٩٨٣) .

- مصنف بن أبي شيبة : تحقيق عبد الخالق الأفغاني ، الدار السلفية الهند (١٣٩٩ هـ) .

- المطلع على أبواب المقنع : شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي (٧٠٩هـ) المكتب الإسلامي ،دمشق (١٣٨٥ هـ/ ١٩٦٥ م) .

- معالم الإيمان في معرفة أهل القيرواني : عبد الرحمن محمد الأنصاري الدباغ (٦٩٦ هـ) تحقيق محمد ماضور ، المكتبة العتيقة ، تونس .

- معجم البلدان : شهاب الدين ياقوت بن عبد الله الحموي (٦٢٦هـ) دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

- معجم المؤلفين : عمر رضا كحالة ، مكتبة المثنى ، بيروت .

- معجم مقاييس اللغة ، أبو الحسن أحمد فارس بن زكريا (٣٩٥ هـ) تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر (١٣٩٩/ ١٩٧٩) .

- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم : محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ، بيروت .

- المعجم الوسيط : إبراهيم مصطفى وآخرون ، مطبعة مصر (١٣٨٠/ ١٩٦٠).

- المعلم بفوائد المسلم : أبو عبد الله بن علي بن عمر المازري (٥٣٦) تحقيق محمد الشاذلي النيفر ، الطبعة الثانية ، بيت الحكمة تونس (١٩٨٨ م) .

- المعونة في الجدل : أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، تحقيق علي بن عبد العزيز ، الطبعة الأولى ، مركز المخطوطات والتراث ، الكويت (١٤٠٧/ ١٩٨٧) .

- المعيار المعرب : أحمد بن يحيى الونشريسي (٩١٤ هـ) دار الغرب الإسلامي بيروت (١٤٠١/ ١٩٨١) .

- المغرب في ترتيب المعرب : أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطريزي (٦١٦هـ) دار الكتاب العربي ، لبنان .

- المغني : أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض .

- المقاصد الحسنة : أبو الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (٩٠٢ هـ) الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

- المقدمات الممهدات : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٢٠ هـ) تحقيق محمد حجي ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي (١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م) .

- الملل والنحل : الشهر ستاني ، تحقيق محمد بن فتح الله بدران مطبعة الأزهر، مصر (١٩٧٠) .

- المنتقي : أبو الوليد سليمان بن خلف الباحي (٤٧٤ هـ) الطبعة الرابعة ، مطبعة السعادة ، مصر (١٣٣٢) .

- منهاج السنة النبوية : أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، تحقيق : محمد رشاد سالم ، الطبعة الأولى ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (١٤٠٦/١٩٨٦) .

- المهذب : أبو إسحق إبراهيم علي الشيرازي ، عيسى البابي الحلبي ، مصر .

- مواهب الجليل : أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب (٩٥٤هـ) ، الطبعة الثانية ، دار الفكر (١٣٩٨ /١٩٧٨ هـ) .

- الموطأ : مالك بن أنس (١٧٩ هـ) تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة .

- النجوم الزاهرة : جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي (٨٧٣ هـ) ، دار الكتب العربية .

- نصب الراية : أبو محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢ هـ) دار الحديث .

- نفح الطيب : أحمد بن محمد المقري التلمساني ، دار صادر ، لبنان .

- النهاية في غريب الحديث : مجد الدين أبو السعادات بن الأثير (٦٠٦ هـ) تحقيق محمود الطناحي وطاهر الزاوي ، دار إحياء الكتب العربية (١٩٦٣) .

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي (١٠٠٤ هـ) ، الطبعة الأخيرة ، مصطفى البابي الحلبي مصر(١٣٨٦/١٩٦٧)

- نيل الأوطار : محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ) دار الجيل ، بيروت (١٩٧٣ م) .

- الهداية في تخريج أحاديث البداية : أبو الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري ، تحقيق : مجموعة من الباحثين ، عالم الكتب .

- هدية العارفين : إسماعيل باشا ، استانبول (١٩٥١ م) .

- الوفيات : أبو العباس أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب بن قنفذ القسنطيني، تحقيق عادل نويهض ، الطبعة الثانية ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت (١٩٧٨م) .

- وفيات الأعيان : أبو العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلكان (٦٨١هـ) ، تحقيق إحسان عباس ، دار الثقافة ، بيروت .

* * *

فهرس تفصيلي للموضوعات

كتاب الطهارة

الصفحة

كتاب الصلاة

كتاب الجنائز

كتاب الزكاة

كتاب الصيام

كتاب الاعتكاف

كتاب المناسك

كتاب الجهاد

كتاب الإيمان والنذور

كتاب الأضاحي

كتاب الصيد

كتاب الذبائح

كتاب النكاح وأبوابه والطلاق وما يتعلق به

كتاب البيوع

كتاب الإجارات

كتاب القراض

كتاب الشركة

كتاب الرهون

كتاب الحجر

كتاب الصلح

كتاب الغصب والتعدي

كتاب الحواله

كتاب الإقرار

كتاب اللقطه

كتاب الشفعة

كتاب القسمة

كتاب الجراح

كتاب الحدود : في الزنا

كتاب القطع

كتاب العتق

كتاب المدبر

كتاب أمهات الأولاد

كتاب الأقضية

كتاب الحبس والوقوف والصدقة والعمري والرقبي وما يتصل بذلك

كتاب الوصية

كتاب المواريث

كتاب الجامع

* * *